

2015年オーストリア相続法改正(3・完)

半田 吉信

目次

- 一 はじめに
- 二 2015年改正前のオーストリア相続法（以上前々号）
- 三 2015年改正の経緯
- 四 2015年新オーストリア相続法
- 五 ライプルの総合的評価とオーストリア相続法の文言上の現代化
- 六 配偶者相続権、共同生活者の権利および介護給付の支払(以上前号)
- 七 遺言（以下本号）
- 八 遺贈と死因贈与
- 九 改正法における遺留分の新規定
- 十 新法における遺留分への算入
- 十一 算入の実行と説明請求権
- 十二 結びに代えて——日本法への示唆

七 遺 言

(1) はじめに

2015年相続法改正はオーストリア遺言法についても広範な改革をもたらした。もっともこの改正は、この場合もまたほとんど表面的な定式化の変容および新しい条文番号の振り分けをもたらしたが、従来の大きな構成は維持された。特に多くの存在していなかった条文をそのために用い、法文の構造および分類を現代の体系に適合させることはしなかった。付随規定（条件、期限、負担）を伴う終意処分の無効が第12章に規定されたが、それが今日の体系的観点から終意処分の作成に引き続いて規定されねばならないというものではないように思われるものの、改革立法者からそれは妨げになるものとはみなされなかった。同様に相続分およびその増加に関する解釈規定は、冒頭規定のもとに分散して規定されるよりも、「相続人の指定」の章下で後順位相続の近くにかつそれと共に規定されるのがよかつたであろう。この場合もまた改革立法者は構成の変容をはばかつた。体系と術語の詳細が変えられたが、多くのルールの内容は変

えられなかった。市民にとって最も著しい影響は遺言の方式にある⁽¹⁾。

(2) 任意相続 (gewillkürte Erbfolge) の手段

(イ) 術語上の先鋭化と混乱

自己の相続財産を誰に相続させるかに関する私的自治による形成が個人に委ねられることはこれまでと事物に適って同じである。言語上の現代化、明確化および用語上の変更がある。新533条は依然として相続の権限として相続契約と死者の終意処分を挙げ、それらが法定相続に優先するとしている。次いで新552条は、終意処分を規定するが、その重要な徴表は一面的であること（言外に）およびいつでも撤回しうること（明示的に）である⁽²⁾。

(a) 終意処分の種類（遺言付属書の廃止）

起草者は術語の統一化と簡明化を意図したにもかかわらず、最終意思、最終意思の表示および終意処分という概念を同じ法現象のために用いる。従来の法と同様遺言という概念が相続の効果を生じさせる終意処分に留保される。容易に変更された定式化により、単に法定の相続人を相続から廃除するいわゆる消極的遺言も遺言とされることが明確化されたともいえる。もちろんこの表現は立法資料自体には見出されず、新713条、新714条は相続人の指定なき終意処分について述べ、その結果消極的遺言の性質付けに関する議論は全く解決したとは言い難い⁽³⁾。

遺言付属書 (Kodizill) の概念は、将来的にオーストリア民法の条文から排除される。その代わりに新552条2項には終意処分が遺贈、負担及び遺言執行者の指定も包含しうることが明記された。それに際して、それにより終意処分の概念が終意処分においてなされる指示と混同されるがゆえに、他の終意処分がなされうる (getroffen) という定式は好ましくない。その区別は新713条、新714条においてのみ問題となるから、オーストリア民法をこの個所で理論的な余計な負担から解放することは正しい (ヴェンデルホルスト)。遺言の概念を拡張し、それに終意処分と同じ意味を与えることは、いま選んだ解決よりも納得させるものだけといえよう。それにより概念的であることを減少しうるだけでなく、その他の点でもはるかに専門用語的な首尾一貫性を作り出すことが可能となろう。オーストリア民法は、「遺言」、「遺言する」という場合、常に実際上遺言を特別に意図しているわけではない。むしろ大部分のこの概念は統一

的にすべての終意処分にあてはまる（例えば新566条以下，新584条，新586条，新587条）。それに基づき理解しうるかどうかの問題は，教育を受けたオーストリアの法律家には生じないが，学生や外国人についてはこの限りではない⁽⁴⁾。

(b) 終意処分の解釈

終意処分の解釈に関する規定はオーストリア民法全体を貫き，死者の遺言の自由に限界を設ける強行法としばしば密接に絡まっている。解釈規定のための改革をもたらすすべての変更の包括的記述は，遺言法への寄与を一義的にぶち壊すことになろう。初めて新553条に死者の実際の意思の優先的な標準的機能（意思説）および処分の文言上少なくとも示唆されているかような意思のみが顧慮される通説的な示唆説（*Andeutungstheorie*）を記述する一般的な解釈規定の編纂がなされたことが言及に値する。この中心的な個所で付加的に遺贈に基づく特別規定を指示することは，周囲を満足させる解釈規定の体系化が成功していないことの兆候である⁽⁵⁾。

同じ結果が例えば旧554条以下の相続人の指定に関する特別の解釈規定の短い分析から生じる。しかし編集上の改善への努力を承認する場合，それに際して最もうまくいった場合でも途中で立ち止まり，新しい定式化が所々で従来よりも不明確であることすらもたらすことが確定されうる。内容的にいつ共通の規範が個々の条文に，個々の条項にそして相互に並んだ法文に規定されるかの体系は認めえない。内容的な区別が「疑わしい場合は」，「推定される」などのような様々な定式と結びついているか，またどのような内容的な区別がそれらと結びついているのかについても同様である。その三つの法文に三つの全く異なった規定が相互に結びついているように見える新559条は一つの例である。この場合旧規定の第2文が維持されているのではない。法資料の中にその理由を求めても無駄である。複数の不特定に指定された相続人がいるときは，疑わしい場合相続順位は血統によるという第1文と，特定しうる相続人は疑わしい場合は相互に個々の相続分が指定されるという第2文とがどのような関係にあるかは全くわからない。例えば死者がその甥（複数）を相続人に指定し，アントンとベルントという息子のいる弟とクラウスという息子のいる妹を残した場合，第2文は三等分を，第1文はこれに対して半分をクラウスに，アントンおよびベルントに四分の一ずつということになるように思われる⁽⁶⁾。

増加（*Anwachsung*）の問題：旧規定では，自由になった持分は不特定に指

定された共同相続人にのみ帰し、持ち分を特定されて指定された相続人には帰しなかった。遺言者がその兄弟AおよびBを同じ割合で相続人に指定し、Aが遺言者より先に死んだときは、Bが唯一の相続人となる。これに対して、彼がAとBを半分ずつ（特定して）指定し、Aが遺言者より先に死んだときは、Bはこの遺言に基づいて単に遺産の半分を相続し、残りの半分は法定の相続人に帰属する。このようなルールは、法律の素人にはわかりにくく、2015年の改正法（560条）は、疑わしい場合には、自由になった持ち分は、残りの指定相続人に帰属するとした。ただしこれは、死者が全部の遺産を処分し、かつ複数の相続人が指定された場合のみである。それによって従来の特定された指定と特定されていない指定の区別は消滅する。この変更は支持しうる（モンデル）⁽⁷⁾。起草者は、この変更を通例指定された相続分が相続分の最大限度と解されるべきではないことに求めている⁽⁸⁾。

(ロ) 共同の終意処分

起草者は従来⁽⁹⁾の旧583条と旧1248条の規定内容を結合する。そこではかつて旧1248条で定式化された撤回に反する推定が転換された。規定内容の結合の中に同時に新しい条文の基本問題が存在する。それは体系的に遺言の方式に関する規定の中に配置するが、許容されない方法で形式的有効性の問題と実体的有効性の問題を混ぜ合わせ、かつその他の点でも瑕疵がある。共同終意処分は以下の多くの点で規定の必要を投げかける。①複数の者が一つの証書で終意処分をなしうるか、またどのような要件のもとでそれをなしうるか。②共同の作成が最高度の個人的性質と調和するか、またどのような要件のもとに調和するか。③かような終意処分が取り消しまた変更されうるか、またどのようにして取り消し、変更されうるか。④相手方の指示のために指示の無効または取り消しがどのような効果をもたらすか⁽⁹⁾。

(a) 作成の有効性

新586条（旧583条）は終意処分の形式に関する規定の中に位置しているのだから、それがまず第一に方式に関わるものであり、（もっぱら）配偶者と登録パートナーに二つの終意処分の一つの証書での作成を許容することを導きうる。それは依然として誤導的である（ヴェンデルホルスト）。モンデルも共同の終意処分をなすことに利益ないし合理的理由はないという⁽¹⁰⁾。新法の下でも、形式的な点で配偶者または登録パートナーの各々が自己のために有効な終意処分

の形式的要件を遵守しなければならないという現在の法状態は何ら変わらない。特に手作りの遺言では夫のみが自書し、次いで両当事者により自署されることは自書による遺言では許容されない（通説）。逆に記憶媒体への共同入力是他方の当事者にも許容されている。二人の不運な登山者が一枚の用紙しか持っていなかったとすると、彼らの最後の力を振り絞って作成された遺言は、同じ一枚の用紙に記載されているという理由で無効とはならない⁽¹¹⁾。

実体上の有効性についても新586条は一般的条項、特に最高度に個人的だという原則を変えない。夫は妻により記載された指示の同意を単に表明しうるのでなく、彼に関わる指示を自ら定式化しなければならない。それは自書による遺言の場合は明らかな相違点を形成する。もちろん一枚の両当事者に関する文章を「我々は相互にこれをもって……」という形式で定式化することは、配偶者および登録パートナー間の自書による遺言以外の場合は全く構わない。全体的に「配偶者または登録パートナーは一つの遺言書で相互にまたは他の者を相続人に指定しうる」という中心的な命題が一見したところみえるほど意味を持たないことは明らかである。その定式化は、すでに通説により認められるように共同遺言が単に相続人の指定だけでなく、遺贈、負担およびその他の指示もまた包含し、かつ場合によってはかようなものみに制限さえされる限りでも狭すぎる⁽¹²⁾。

(b) 撤回

新586条によりもう一度明示された、いつでも撤回しうることもまた共同終意処分と他の終意処分とで異なる。「かような遺言は撤回しうる」という命題は特別に誤導的ではあるが、それは旧1248条でなお明確に表現されていた、当事者の各々はその固有の処分をひとりであつ他の当事者と無関係に撤回しうるという決定的な文言を認識させない。共同終意処分は、新586条に付随的にのみ表現された要素、すなわちありうる指示の互換関係によりその固有の意味を取得する。この場合新規定は、一当事者の処分の撤回から相手方の（黙示の）撤回を導くことを明示的に禁止した旧1248条と比べて明らかな改善である。旧1248条は、夫がひそかにその愛人のために有効に遺贈をなし、それによりなにも予感していない妻の唯一の相続人としての地位に損失を及ぼすことがないという耐えられない結論に導いた。したがって判例と学説は、以前から相互的な指示と共同の指示を区別し、旧1248条の推定が常に後者にあてはまりう

ることを明らかにした。新856条が相互の相続人の指定の事例のために文言を裏返し、一方の撤回から相手方の撤回が導かれうることを確定するのだから、法は正しい方向に動いたといえる。相互的指示と共同の指示の間の区別を法に明示していればもっとよかつたであろう（ヴェンデルホルスト）。相互の互換性は相互的な相続人指定の場合にのみ存在しえないのではなく、相手方の子の相続人指定や相互的な遺贈の場合にも存在しえない⁽¹³⁾。

(ハ) 相続契約

相続契約はオーストリア民法によって終意処分に加えられていないが、同様に任意の相続の手段であり、新533条によれば遺言より強い援用原因ですらある。相続契約は2015年の相続法改正では、周辺部分にのみ手を加え、1249条以下の明らかに時代遅れになった条文を削除し、それ以外の部分は容易な編纂上の適合を行った。しかしそれは疑わしい（ヴェンデルホルスト）。相続契約は、民法が定めている数多くの制約、単に痕跡のような法律規定および最も基本的な関係および法律効果自体の不明確さによりオーストリアに陰をもたらしめている。それからは二つの帰結を導きうる。相続契約は全く切り捨てられるべきである。またはもっと優れた見解であるが、長期間の財産計画の現代的手段として改造されるべきである。立法者はこのいずれの立場も採用しなかった⁽¹⁴⁾。

(3) 実体的な有効要件

(イ) 遺贈能力の定義

新566条には始めて遺言能力の一般的定義が規定された。それによれば遺言能力とは、「終意処分の意味および効果を理解し、それに従って行動しうる者」がこれを有する。従来の学説、判例の変更は、資料によれば目論まれていない。特に処分者とその指示の法的射程距離を個々の的に考察し、理解したかどうかは問題とならない。しかしその定式化は批判を惹起し、今や法律行為の分野ではたいいもっぱら認識および意思に関する能力が問題とされ、それに際して遺言能力に関してしばしば14歳の能力が標準とされる一方では、遺言能力が行為能力の特別形式としてその要件から同意能力ないし不法行為能力に近いものになったのかどうかという問題に契機を与えた。しかし意味の変動のおそれは理由づけられない。法律行為的行為の場合は、人が十分な認識および意思に関する能力があるにもかかわらず、その行為をそれに一致して操縦しえないことは

稀にしか起こらない。しかし、例えばこれが自己の利益を簡潔に表現し、他人の請求に抵抗する能力の欠如のような場合であると、遺言能力を否定することへの疑いはほとんど惹起されえない。オーストリア民法により大抵行為能力と並んで列挙される理解—および判断能力（例えば175条、279条、284条）との結びつきもまたこれに影響を与えない⁽¹⁵⁾。

(ロ) 財産管理を他人にやってもらっている者に関する制限の廃止

2015年の改正が遺言法で実現した中心的な改正の一つは、従来の旧568条が財産の管理を他人にやってもらっている者について規定した制限の廃止である。これらの者は従来、これが財産管理者の指定に際して明示的に指示されている限り、裁判所または公証人の面前で口頭でのみ遺言しえた。それによって裁判所または公証人が、遺言能力に関する後の不明確さおよび紛争を避け、財産を管理されている者が有効な遺言を作成することをできるだけ支援するために、人的に処分者の遺言能力を確認することが確保されることになっていた。その制限は同様に、私的な遺言の作成に際してしばしば財産を管理された者が完全に委ねられる他人の意思の影響からその者を保護することに役立つものとされた⁽¹⁶⁾。

起草者がこの全く意味の大きい保護の機構を切り落としたのは、まず国連障害者権利条約⁽¹⁷⁾と抵触し、次いで平等に反するというその性質決定に基づいている。その条約は12条2項で加盟国に障害者がすべての生活領域で他の権利—および行為能力者と同じ権利を享受することを求める。確かに3項及び4項は支援の保障と濫用の制限を強調するが、総体的に障害者の自治を強化する出発点は確かである。旧568条が条約の背景のもとで正当化することが困難なことは、付加的に平等原則および関係適合性の理由から生じる。そのルールは本来、最近親者の監護代理または代理権能でうまくやっていた場合、同じまたはより大きい侵害にもかかわらず一般の規定にとどまる一方では、財産管理者の指定の場合にのみ関与しえた。その中に正当にも平等の違反が見られた（ヴェンデルホルスト）。法秩序が旧568条の制限なしにもうまく機能するという所見のためにドイツおよびスイスを挙げうる⁽¹⁸⁾。

旧568条の削除のためにもたらされた議論が結果的に納得させるものだとしても、不快感は残り、精神的に不安定な者はよりその終意処分の作成にあたって大きな程度において不相当な影響にさらされ、多くの障害者は結局無効となる処分を作成することになる。遅れている財産管理者法の改革の枠内でこれを

できるだけ防ぐ相当な措置をなすことが期待される⁽¹⁹⁾。モンデルも、旧568条の削除により、遺言能力の存在に関する爾後の判断が困難な事例が増加するのではないかと指摘する⁽²⁰⁾。

(ハ) 意思の欠缺

(a) 567条以下の編纂上の修正

終意処分意思欠缺に関する規定に関する限り、修正と現代化の計画は中途半端なままにとどまっている。特に旧777条、旧778条のような実体的に錯誤法に属する規定を新567条以下の錯誤法に包摂する努力はなされず、体系に反して遺留分法にとどめられた(775条2項参照)。567条以下の修正もまたあまり成功していない。取消権が誰に帰属するか、誰に対して主張されるべきかといった中心的な問題は、依然として法文上規定されていない。依然としてオーストリア民法上「無効」と「取り消しうる」とは区別されていない。相対的無効と絶対的無効の区別も同様である。それによって明らかに、いかなる瑕疵が訴訟によりかつ1487a条の期間内に主張されねばならないか、どのようなことが特定の者により時間的に無制限に主張されうるのか、どのようなことが職権で顧慮されねばならないのかという陳腐な法政策的かつ理論的議論を避けようとした。遺言能力が旧1487条および新1487a条に含まれないことは自明的とはいえない⁽²¹⁾。

法文の現代化は錯誤法では部分的に成功していない。例えば、古い定式「被相続人が彼が考えている相手または遺贈しようとしている物を間違えたときは、錯誤は重大である」に代わる新しい定式「錯誤は特に、死者が遺贈を受ける者または遺贈された物を誤ったときは、重大である(570条2文)」はほとんど説得力がない。以前から認められていた法文と実際の法状態との矛盾は部分的に改められていない。新576条では詳しく観察するとただ一つの言葉が適切でない。第一に最初誤って認められた状況(例えば内縁関係にある者の妊娠)の後になってからの発生は当初の瑕疵を治癒し、第二に処分の無効の場合、通説によれば決して自動的に相続の法定の効果が発生するのではなく、原則として当初の終意処分が優先的に効果を生ずる⁽²²⁾。

(b) 時効の新規定

終意処分の取消権は1487a条の新しい時効規定に服した。それによれば3年の期間は(1487a条により請求権と性質づけられる)取消権の存在にとって標

準となる事実を知ったときに進行を開始し、取消権はこの期間内に裁判上行使すべきである。権利者の認識とは無関係にその権利は死者の死亡から30年で時効にかかる。変更は歓迎すべきであるが、それは時効法の改革が相対的に時機を失しているようにみえることを示す⁽²³⁾。

(4) 終意処分の方式

(イ) 他人の書いた遺言の改革

(a) 自ら書いた付加による相続人の指名 (nuncupatio) の代替

立法計画の初期の段階で議論され、非常に広い範囲に及ぶ遺言の方式の新概念は作られなかった。そして市民はこれからも基本的に従来認められていた遺言の方式を使える。法文への公証人による遺言の採用が歓迎される。遺言法の改革の中心には他人の手による遺言の形式の変更がある。ドルンビルン (Dornbirn) 事件⁽²⁴⁾のような遺言書改ざん事件からの帰結が引用されるべきである⁽²⁵⁾。

偽造に対する安全および文書の偽造からの死者の保護のために、文書が最終意思に合致するという自ら書いた付加により口頭の相続人の指定 (nuncupatio) は代替される。そのためには「私の意思」という言葉で十分であるが、単なるオーケーでは不十分である。厳密な境界設定が裁判所にもっと仕事をさせるとしても、新規定は総体的に歓迎されるべきである (ヴェンデルホルスト)。依然として自己の書いたものは、それが署名以上のものである場合、相対的に偽造から安全であるようにみえる。かような付加を書かねばならない者は、その表示の射程距離もまたその眼前にあり、その結果当人が例えば疾病保険金庫のための申し込みで署名すると信じないことをある程度まで確信しうる。新規定によっても保護されないものは、処分者により遺言として認められるが、他の者により作成される文書の内容に関する処分者の当を得ない情報である⁽²⁶⁾。

(b) 証人に関する厳格化

証人がどのようにして関与すべきかの厳密な方法もまた変更された。処分者が自ら署名し、いま丁度書かれる自己の手による付加をなす間、これからは総ての3人の証人が同時に存在しなければならない。証人の同一性は証書から生じなければならない。それは政府草案の解説によれば姓名だけでなく、生年月日または(職場の)住所も包含しなければならない。法文自体は同一性といっ

ているだけであるが、裁判所が証人が単に姓または名を述べている場合に、遺言を無効となしうるかは疑わしい⁽²⁷⁾。

(ロ) 危急時遺言の改正

(a) 証人としてのハイティーン

他人の書いた遺言が重要な点で変容された一方では、新584条に規定された危急時遺言では付随的な修正と明確化がなされたにとどまる。最も重要な変更は今やハイティーンもまた危急時遺言の証人として現れうることである(新587条2文)。この変更はしばしば要請されたが、それは危急時遺言の作成が可能な限り促進されるべきだというオーストリア民法の多くの規定の論理の中に存在し、かつハイティーンのみが証人として存在する危険な状況が統計上みられることは稀でない(例えば17歳のグループの登山)⁽²⁸⁾。

(b) 問題の解決

その他危険の状況に関して死者の主観的な状況が標準となることが明らかにされた。その場合政府草案の解説によれば、この主観的印象が特定の客観的事情から理由づけられることが要求されるべきである。大きな変更がもたらされたかどうかは疑わしい。法文は以前は純粋に客観的なテストに従っていたとしても、今や主観的なテストに従う⁽²⁹⁾。

584条2項の新規定は重要である。以前は3か月後の効力の喪失が疑わしい場合は旧713条、旧714条に従って生じる古い遺言の取り消しを生じさせると規定されていた。反対説が様々に主張された。今や古い処分の再生の支持者が支配的である。海難時に新しい恋人のために口頭で遺贈した者は、海難、そして恐らく新しい恋愛の終了後も、死者がかつて公証人または弁護士のもとで相当の料金を支払って注意深く仕上げられた遺言を無効にしておくことを考慮に入れないであろう。この反対説の結論は偽装にも道を開くであろうが、すべての遺言と同様、死者が数年前に危険な状況の中で口頭で遺言をしたという二人の証人の一致した言明により無効とされうるであろう⁽³⁰⁾。

(ハ) 欠格事由の改革

遺言の証人の欠格に導く事由の改革はずっと遅れたままになっていた。言語上の現代化および数多くの条文番号の変容をもたらす慎重な新しい構成を度外視すると、核心において今や新588条に規定されている旧594条の欠格事由が問題となる。遺贈を受けた者に近いために相対的に証人能力のない者を加えると、

結局受遺者と内縁関係にある者およびその近親者も含まれる。俸給の支払われる従者は削除されたが、その代わりに受遺者または遺贈を受けた権利能力を有する会社の法定代理人、監護代理人、代理権限を有する機関、社員、代理人（Machthaber）および従業員が加えられた。代理人の概念と代理人の責任に関する判例が結びついている。その他の代理人、特に法的助言者は証人として排除されない。この場合確かになお一つまたは他の方向において解明の必要が裁判所に帰するとしても一例えばある者がいつ新588条の意味の内縁関係にある者となるのか、あるいは監護代理人が監護事件がまだ発生していないときですら排除されるのかどうか—新规定はおおむね歓迎すべきである。古い規定は耐えられない評価矛盾に導き、かつ判例によりそれは除去されなかった⁽³¹⁾。

(5) 終意処分の取消

(イ) 個々の問題の解決

終意処分の取消は、すでに述べたように体系的にこれからも条件、期限および負担に引き続いて新713条以下に規定されている。その中に1811年の起草者の体系的な観念が表現されている。それによれば処分の取消は指示の内容的な制限に近い。それを2015年の改正者は変える意思はない。改正によって古い遺言（今では相続人指定のない終意処分）と新しい遺言の衝突のために新しいルールを作り出す機会が与えられた。新713条2項によれば、後の遺言において全部の遺産が処分されていない限り、相続人の指定のない古い終意処分が疑わしい場合は存続する。すべての他の状況のために疑わしい場合のルールが存続する一方では、その限りで従来その補充に関してオーストリアの学説が分かれていた欠缺が存在した。新しい規定は従来通説に従ったものである⁽³²⁾。

2015年の立法者により新713条2項においてなされた評価は、一部の相続人の指定の場合でも古い遺言が新しい遺言により疑わしい場合は完全に無効になり、残りは法定の相続人のものになる、旧713条1項の評価とは全く異なる結果になる。その中にライブルがいったように少なくとも不平等取り扱いがある。それはヴェンデルホルストによれば、彼が最初の遺言の全部または一部を主張したいことを後の記録で知らしめることなしに、どのような形であれ二回も相続の効果について決定する被相続人が、典型的に完全な新たな開始をなそうとする、統計的—心理的な衡量により正当化される。それに対して、すでにより

早くその自動車を兄弟に、本を図書館に遺贈した者は、彼が後でまだその愛人を半分につき相続人として指定するからとあって、類型的にその遺贈を断念する意思ではない⁽³³⁾。

新723条、新724条では若干の明確化と厳格化がなされ、口頭の公証人の面前または裁判上の遺言は、後の処分の破棄の場合疑わしい場合は再生し、請求権を消滅に導くその他の行為はその回収と同様であり、行政上の執行は裁判上の執行と同様である。旧725条の規定内容は新724条に統合された⁽³⁴⁾。

(ロ) 近親者たる地位の喪失

それにより指示者の自由を広げることになった新725条は、配偶者、登録パートナーまたは内縁関係にある者に利益を与える終意処分の取消に関する意味の大きいルールを導入するために用いられる。かような処分は、反対の指示のない限り、結びつきの解消により取り消される。同じことは、当初の近親者のための終意処分について血統の取消または養子縁組の撤回または取り消しの場合にあってはまる。一致した手続の開始もまた、すでに取消のために十分である。しかし、死者による血統の取消の場合は、受益者が事実上死者の血を引いていない場合のみである。従来之法によればかような場合、いつも成功するとは限らないが、明らかに不相当な結論を避けるために、錯誤等の解釈の技巧的な懸垂の力を借りねばならなかった⁽³⁵⁾。

ヴェンデルホルストによれば、立法計画が促進させられる時間的切迫により理論的な整序があいまいなままとなり、かつ法律効果に関する首尾一貫した定式化が見出されないことは残念である。体系的な位置づけによれば724条に規定された推定される撤回とは異なった固有の取消事由が問題になる。政府草案の解説は、黙示の撤回の推定といている。無数のさらなる条文におけるとは異なり、反証を挙げうる推定を示唆する「疑わしい場合には」という定式化が見出されるのではなく、死者が明示的に反対を指示しなかった限りで取消が関与する。かくして事実上「疑わしい場合には」と比較してより鋭い標準が意図されているかどうかは不明確である⁽³⁶⁾。

(6) 結論

ヴェンデルホルストによれば、総括的に2015年の遺言法における改正は一貫して改善をもたらした、一部は著しい改善とすらいえる。特に他人の書いた遺

言という新しい概念，危難時遺言における明確化，近親者の立場の喪失における有利な指示の喪失，財産管理者がいる者における制限の廃止並びに主観的時効開始があげられる。総括判断が早くなされることが怠られたとすれば，それは遺言法でも法政策的かつ立法的可能性が全体の改革に汲み尽されていなかったことにあるといえよう⁽³⁷⁾。

〈注〉

- (1) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue Erbrecht, 2015, S. 43-44 [Wendelhorst].
- (2) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 44 [Wendelhorst].
- (3) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 44 [Wendelhorst].
- (4) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 44-45 [Wendelhorst].
- (5) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 45 [Wendelhorst].
- (6) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 45-46 [Wendelhorst].
- (7) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), Praxishandbuch des neuen Erbrechts, 2016, S. 65 [Mondel].
- (8) ErlRV ErbRÄG 2015, 8.
- (9) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 46 [Wenderhorst].
- (10) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 69 [Mondel].
- (11) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 46 [Wendelhorst].
- (12) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 47 [Wendelhorst].
- (13) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 47-48 [Wendelhorst].
- (14) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 48 [Wendelhorst].
- (15) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 48-49 [Wendelhorst].
- (16) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 49 [Wendelhorst].
- (17) BGBl III 2008/155.
- (18) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 49-50 [Wendelhorst].
- (19) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 50 [Wendelhorst].
- (20) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 67 [Mondel].
- (21) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 50 [Wendelhorst].
- (22) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 51 [Wendelhorst].
- (23) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 51 [Wendelhorst].
- (24) 2008年に明らかになった，オーストリアのフォアアルベルク（Vorarlberg）で起こった大掛かりな遺言書偽造事件である。多くは痴呆になった老人の計1000万ユーロの資産がターゲットになった。ドルンビルン地区裁判所所長が主導し，判事，複数の裁判所職員が加担して，自分やその家族，親戚，友人を相続人とする幾つもの遺言書類を偽造し，それらを登録した。この事件では結局首謀者や加担者は，職権濫用，業務上の詐欺，公文書偽造等の罪で刑事制裁に服した。

- (25) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 51 [Wendelhorst].
- (26) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 52 [Wendelhorst].
- (27) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 52 [Wendelhorst].
- (28) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 52 [Wendelhorst].
- (29) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 53 [Wendelhorst].
- (30) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 53 [Wendelhorst].
- (31) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 53-54 [Wendelhorst].
- (32) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 54 [Wendelhorst].
- (33) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 54 [Wendelhorst].
- (34) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 54-55 [Wendelhorst].
- (35) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 55 [Wendelhorst].
- (36) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 55 [Wendelhorst].
- (37) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 55 [Wendelhorst].

八 遺贈と死因贈与

(1) はじめに

遺贈は旧規定では広範囲に44か条にわたって規定されていた(647条以下)。改正による極端な短縮を期待した者は、よりよい方法を教示された。宝石、装身具およびアクセサリー、布製品または豪華馬車の遺贈に関する規定(677条～680条)のような若干の一部時代遅れになった規定の削除である。他方において改正法はいくつかの規定を創設した(例えば648条, 660条, 672条以下)。遺贈に関する規定は依然として第11章の647条以下に規定されている。遺贈法で括目すべきなのは、終意処分に関して解釈問題の助けになる新しい疑問に関する規定である。言語上の問題についてはここでは改正法が「遺贈 (Legat)」および「受遺者 (Legatar)」を削除し、「遺贈 (Vermächtnis)」及び「受遺者 (Vermächtnisnehmer)」に代えたことのみである。死因贈与はもはや贈与法ではなく、改正法が死因贈与が贈与者の死亡後も契約として扱われるという契約説の立場をとったにもかかわらず、新603条すなわち相続法に規定される⁽¹⁾。

(2) 遺贈法における改正

(イ) 序

改正法は遺贈法のために若干の重要な改正をもたらした。遺贈がどのように

して理由づけられうるか、および死者がその相続人に行った遺贈のための若干の疑問点に関するルールを導入した。学説上従来すでに認められていた、選択遺贈に関する新規定もまた新しい。さらに養育（Erziehung）の遺贈は、教育（Ausbildung）の遺贈によって代えられた。最後に遺贈の履行期につき改正がなされた⁽²⁾。

(ロ) 遺贈の理由づけの可能性

受遺者になることという表題のついた新647条は新しい方式で遺贈が何に基づきうるか、すなわちいかなる権限が遺贈のために問題になるかを明らかにする。それは相続—または遺贈契約、死者の有効に表明された最終意思および法律である。判例、学説により認められた遺贈契約とは、相続契約を締結しうる当事者間の相続人の指定のない遺贈に関する契約であり、概念的には法律に基づく遺贈への入り口を見出す。法律に基づく遺贈の場合、新677条による介護遺贈および法定の先取遺贈（新745条）が考えられる。新647条2項によれば、相続権の遺産性（新537条）、相続能力（新538条～新543条）ならびに相続財産の放棄（新803条以下）に関する規定が準用されうる。フェラーリによればこの関係においてその相続関与表示に従って相続人の死亡の場合補充相続人に対する本来の相続人の優先を定める新537条2項が、遺贈の場合相続関与の表明に一致する表明が存在しないがゆえに、いかなる意味に適った適用も見出しえないことが注意されるべきである。したがって受遺者は遺贈請求権をさらに遺産として残すために、かつ同時に補充受遺者を排除するためには、死者より長く生きることのみが必要である⁽³⁾。

(ハ) 相続人のための遺贈および分割の指示

(a) 先取遺贈、繰り入れ遺贈および分割の指示

終意処分はしばしば相続人指定と並んで指定相続人への財産の指示を包含する。被相続人はその相続分に付加して受益者に帰属するいわゆる先取遺贈を指示しうる。遺贈を受けた相続人を含むすべての相続人はその相続分に応じてその拠出をなさねばならない。被相続人が遺贈が受益者の相続分に算入されるべきだと表明したときは、繰り入れ遺贈（Hineinvermächtnis）と呼ばれる。通説は、旧法に関してかような繰り入れ遺贈の場合そもそも受益者に受遺者の地位を与えない分割の指示のみをみる。しかししばしば終意処分から被相続人が先取—または繰り入れ遺贈を指示しようとしているかどうかは出てこない。特

に旧648条の文言に基づいて通説は、疑わしい場合は先取遺贈が認められうるという立場を支持する。判例は、先取遺贈という言葉が用いられ、またはすべての共同相続人が一つの遺贈で遺贈された場合にこれを認めた⁽⁴⁾。しかし判例は何度も個々の場合の解釈問題が生じることを強調する。その場合被相続人が、彼が一つの遺贈で遺贈した相続人を他の相続人より価値に従って優遇しようとしたかどうか重要な指標とみなされる⁽⁵⁾。相続法改正は先取遺贈のための疑問点を法律に規定した。その場合多くの新しい疑問点の一つが問題になるにすぎない⁽⁶⁾。

(b) 改正法の新しい疑問点に関する規定

2015年改正法の起草者は旧648条を改定した。この規定は今や死者が一人の相続人に遺贈もまた与えようと考えた事例のための様々な疑問点に関するルールを包含する。旧648条1項にはまず先取遺贈のためのすでに言及された疑問点に関するルールが指示されていた。「一人の相続人には遺贈もまた与えられる。その限りで相続人は受遺者として扱われる。疑わしい場合はかような遺贈は利益を受ける相続人の相続分には組み入れられない。そしてすべての相続人はその相続分に応じて義務を負う（先取遺贈）。」厳密に観察すると1項は第二の疑問点に関するルール、すなわち先取遺贈が存在する場合は、疑わしい場合には遺贈を受けた相続人を含むすべての相続人がこの遺贈の支払に寄与しなければならないことを包含した⁽⁷⁾。

[事例1] 死者が6万ユーロの純粋な遺産を残した。彼はAとBという二人の相続人を指定した。それ以外に彼はAが特定の絵画（価格2万ユーロ）を得ることを指示した。

新648条1項の疑問点に関するルールに従えば、両相続人がその相続分に従って同じ割合で負担する、Aのための先取遺贈が存在する。したがってBは1万ユーロの控除を甘受しなければならない。そして2万ユーロの遺産価値を取得する。Aは全部で4万ユーロの遺産価値を取得する。両者のいずれも1万ユーロを絵画に拠出する。しかし外部的には二分の一ずつの相続分が存在する。先取遺贈への拠出義務に関してもまた、一つだけの疑問点に関するルールのみが問題になるのだから、これに関して例えば受遺者ではない他の相続人のみが先取遺贈に拠出しなければならないという異なった指示もまた可能である⁽⁸⁾。

新648条2項は次の疑問点に関するルールを包含する。「遺贈の相続分からの

控除が明示的に指示されまたは最終意思の解釈から導かれるときは（繰り入れ遺贈）、その中に疑わしい場合は分割の指示がある。」それは、かような指示が、疑わしい場合は相続人に相続人の地位を許容するのみで、付加的に受遺者の地位を許容しないことを意味する。彼が例えば相続を放棄するときは、彼はその物を受遺者として請求しえない。彼の相続分に関して補充が指示されるときは、彼に遺贈された物もまた補充遺産に帰する⁽⁹⁾。

〔事例2〕事例1を前提にして、死者がAに帰すべき絵画をその相続分に算入すべきことを指示した。

新648条2項の疑問点に関するルールに従えば、この場合AとBが各々二分の一の割合で相続人になるという分割の指示が問題になる。Aは相続分の範囲内で絵画を取得するが、受遺者にはならない。しかしこの規定においても疑問点に関するルールのみが問題になるのだから、終意処分者もまたフェラーリによれば、真正な繰り入れ遺贈もまた指示しうるのでなければならない。指示から相続人が遺贈を真正な受遺者として取得することが明らかに生じるのでなければならない。かような受遺者はその場合遺贈を相続分から控除しなければならない受遺者の地位を取得する。彼が相続を放棄する場合、彼は遺贈を請求しう。彼の相続分に関する補充の場合遺贈された物は補充遺産には帰さない。新692条のルールもまたこの関係で意味を有する。すなわち全部の遺産がすべての遺贈の填補に不足する場合は、受遺者は比例的に減額される。真正な遺贈を受けた相続人もまた遺贈に関して割合に応じた減額のみを甘受しなければならない。他方において彼は単なる相続人として受遺者の満足のためにすべてのものを引き渡さなければならない（新690条）⁽¹⁰⁾。

したがってフェラーリによれば、遺贈指示の三つの類型：先取遺贈、真正な遺贈としての繰り入れ遺贈および分割の指示と理解されうる繰り入れ遺贈が存在する。旧法上の通説によれば、上記に述べたように繰り入れ遺贈は真正な遺贈ではなく、単に分割の指示である。したがって通説は、本来遺贈の二つの類型、すなわち先取遺贈と分割の指示のみを知っている。しかし、フェラーリによれば、旧法上どうして被相続人が受遺者に受遺者としての地位もまた許容する繰り入れ遺贈をも指示しえないのかわからない。疑わしい場合に繰り入れ遺贈の場合に分割指示を認めるが、疑わしい場合のみであり、繰り入れ遺贈を真正な遺贈として許容する2015年改正規定は歓迎すべきである⁽¹¹⁾。

新648条3項は二つのさらなる疑問点に関するルールを包含する。「繰り入れ遺贈の価額が最終意思で与えられた相続分を超える場合、疑わしい場合はこの相続人の相続分はそれに一致して増額する。残りの指定された相続人の相続分は同じ額において割的に減額される。疑わしい場合は終意処分時の繰り入れ遺贈の額が問題になる。」解説によれば、新648条3項は、死者が持ち分の決定に際して錯誤に陥ったという推定を基礎としている。そのルールは繰り入れ遺贈の場合単なる死者の分割の指示が問題になり、受益相続人に受遺者の地位を許容するつもりはないという事例のために考えられたようである⁽¹²⁾。

[事例3] 純粋な遺産の価値が6万ユーロである。死者の終意処分においてAとBが各々二分の一の割合で相続人に指定された。それ以外にAが相続分に算入されうる4万ユーロの価値の絵画を取得することが指示された。

新648条3項1文の疑問点に関するルールによれば、Aは三分の二を、Bは三分の一を相続する。Aがその絵画を取得するという指示は疑わしい場合は新648条2項により分割の指示と理解されうる。しかし新648条3項1文はフェラーリによれば、死者が受益相続人に真正な繰り入れ遺贈を帰属させたいと思う場合にも適用される。したがって新648条3項1文および2文によれば、相続分が移動する場合は、この移動の大きさは疑わしい場合は終意処分の作成時の繰り入れ遺贈の価値を標準とすべきである。これが遠い以前であるときは、この価値の探求、すなわち相続分の明確化は若干の時間を要する⁽¹³⁾。

繰り入れ遺贈の価値が受益相続人の相続分に達しないときは、新648条3項を鏡面に写して当該相続人の相続分が減少することは認められえない。死者が相続分について錯誤しえたことの承認のためにその場合手がかりが欠けている⁽¹⁴⁾。

死者が終意処分において特定の物を割り当てた者が彼の法定の相続人であるときは、この場合についても新648条が適用される。その場合1項と2項が相続人といっているにすぎないことが明らかである。したがってこの二つの項は、すでにその文言に従って死者が物を割り当てた法定相続人にも適用されうる。しかし648条3項の文言は、繰り入れ遺贈の価値が最終意思により与えようとされる相続分を超えていることを前提とする。この場合起草者は単にこの場合のみを念頭に置いている。フェラーリによれば、常に3項の類推適用のための事実関係の類似性は法定相続の場合にもあてはまる。すなわち、死者が法定相続人に物を割り当て、この割り当ての相続分からの控除を指示したが、この物

の価値が法定相続分を超える場合は、疑わしい場合は法定相続人の相続分が相応に増額する⁽¹⁵⁾。

(二) 転遺贈、分割遺贈、代償一、後位遺贈

(a) 転遺贈

新650条は、転遺贈（Untervermächtnis）を受遺者に委託されたさらなる遺贈と定義する。受遺者は、彼に帰属する遺贈の価値を超えるという理由でそれを免れえない。受遺者が遺贈を承諾しないときは、その財産が帰属する者が転遺贈を履行し、または彼に帰属した遺贈を転受遺者に引き渡さなければならない。転受遺者は、一般原則に従って遺贈を放棄しうる（647条2項）。しかし、受遺者がそれを承諾するときは、彼は転遺贈を履行し、それについて無制限に責任を負う。遺贈が拒絶されたときは、相続人は転遺贈を履行しまたは遺贈を転受遺者に引き渡さなければならない⁽¹⁶⁾。

(b) 分割遺贈

分割遺贈（Verteilungsvermächtnis）は、遺贈者の親類、従業員または貧しい人々のような不特定の者に利益を与える（651条）。どのような人々に何が帰属するかは、相続人または第三者に委ねられうる。死者が何も決めていなかったときは、相続人が分割の任にあたる⁽¹⁷⁾。

(c) 代償一および後位遺贈

代償一および後位遺贈（Ersatz- und Nacherbe）もまた、代償一および後位相続のように指示されうる。代償一および後位相続に関する規定（604条以下）が準用されうる（652条）。それに一致して例えば転受遺者は、疑わしい場合には代償受遺者でもある（608条1項）⁽¹⁸⁾。

(※) 種類物遺贈および特定物遺贈の選択

種類物遺贈は依然として新656条～新659条に規定されている。種類物遺贈は、死者がある者に一つまたは複数の種類物を詳しい定めなしに遺贈した場合に存在する。複数のかような物が遺産中にある場合は、いかなる具体的な物を受遺者が請求しうるかが問題になる。新656条1項では種類物遺贈に関する規定の始めのあたりに、相続人、第三者または受遺者自身に選択権が移転されうることが明示されている。疑わしい場合は以前と同様相続人に選択権が帰属する（新656条2文）。相続人または第三者に帰する選択権の内容を2015年の改正法は新しく書き直した。「相続人および第三者は最終意思の顧慮のもとに受遺者

の必要に適う物を選択しなければならない(新656条3文)。」それにより通説がすでに旧656条2項の基礎に置いていた理解⁽¹⁹⁾が新しい法文においても採用された⁽²⁰⁾。

新660条2項は今や明示的にも、選択が異なった特定物の間でなされる遺贈の可能性を規定する。「複数の特定物の間で選択する権利は、種類物遺贈におけると同様相続人、受遺者または第三者に委ねられうる。」特定物の間の遺贈における選択の場合、種類物遺贈に関する規定が準用されうる。種類物遺贈の場合と同様に選択権が移転するという新660条2項の文言はこれを物語る。すなわち、特定物の選択遺贈の場合においても選択権を有する相続人または第三者は、最終意思の顧慮のもとに受遺者の必要に適う物を選択しなければならない。そして選択権を有する受遺者は最良の物を選択しうる⁽²¹⁾。

(ハ) 金銭遺贈, 調達遺贈, 免責遺贈, 請求権遺贈, 債務遺贈, 容器の遺贈, 罰則としての遺贈

金銭遺贈は新658条2項に規定されている。それは、従来と同様に金銭が遺産の中に存在しているかどうかを問わないで相続人に特定の金額の支払い義務を負わせる。したがって、通例は金銭遺贈は真正な種類遺贈である。金銭遺贈は疑わしい場合は増額されえない⁽²²⁾。

他人の物の遺贈は、その物が遺贈者、受遺者または相続人に帰属していない場合は無効とされるが(662条1項)、死者が明示的にその特定の他人の物が購入され、受遺者に給付されるべきことを指示していたときは、所有者がこの物を相場の値段で譲渡する意思のない場合、受遺者にはこの価値が給付されるべきである(662条2項)(調達遺贈(Verschaffungsvermächtnis))。

免責遺贈(Befreiungsvermächtnis, legatum liberationis)とは、受遺者に対して死者が有する請求権の遺贈であり、相続人にすでに発生した利息を含んだ請求権を免責させる義務を負わせる(663条)。したがって、遺贈は死者の死亡とともに債務免責の効果が生じるのではなく、相続人に免責をさせる義務を負わせる。新666条によれば、疑わしい場合には、免責遺贈は、遺贈の作成後初めて生じた債務は含まない⁽²³⁾。

請求権遺贈(Forderungsvermächtnis, legatum nominis)により、遺贈者は受遺者に第三者に対して彼に帰属する請求権を遺贈しうる。この場合相続人は、請求権を未払いのおよび更に発生する利息とともに受遺者に移転しなけれ

ばならない（664条）。そのため遺贈者死亡とともに自動的な請求権の取得の結果は生じない⁽²⁴⁾。

債務遺贈（Schuldvermächtnis）は、死者が受遺者に対して履行しなければならなかった債務の遺贈である（665条）。それは、相続人が死者によって定められまたは受遺者によって示された債務を承認し、債務と結びついた条件または期限を考慮しないで遅くとも残りの遺贈給付のために定められた期限内に履行しなければならないという効果をもたらす。したがって受遺者は、一般原則に一致して死亡とともに弁済期に達した遺贈を即時に主張しうる（686条）。新667条によれば、遺贈者は、彼がある者に彼が負担していたのと同じ金額を遺贈した時は、遺贈とともに債務を履行する意思であると推定される⁽²⁵⁾。

容器の遺贈（Vermächtnis eines Behältnisses）は、旧678条の文言を変更しかつ簡略化したものである。罰則としての遺贈（Strafvermächtnisses）（712条）とは、相続人が負担を履行しない場合に、相続人が第三者に遺贈を履行するようにとの終意処分である。それは、その負担が可能でありかつ許容される限りで有効となる。その負担の不履行は、出捐の失効（710条参照）ではなく、遺贈を履行する義務を惹起する⁽²⁶⁾。

（ト）扶養または教育遺贈

2015年改正法は、人の扶養または教育を内容とする遺贈に関する改正をもたらした。新672条1項によれば、扶養遺贈は疑わしい場合は、受遺者の食料、衣料、住居、必要な教育および残りの必要なもの（例えば健康の維持のための看護）の遺贈を包含する。その場合その範囲は、疑わしい場合は受遺者の従来の生活関係に向けられる。2項によれば扶養遺贈は疑わしい場合は、受遺者が遺言の作成のときに自己稼得能力がない場合に、受遺者の自己稼得能力の程度まで扶養を与える。受遺者に自己稼得能力がある場合は、疑わしい場合は死亡の時まで扶養遺贈が彼に帰する。かように扶養遺贈に関する規定は、旧672条とは異なり疑いある場合のルールを包含し、内容（1項）ならびに期間（2項）に関しても定める。扶養遺贈の期間については、新規定は判例により既に旧672条につき展開された原則を受け入れている⁽²⁷⁾。

生存期間中の飲食物を内容とする費用（Kost）の遺贈（旧672条後段）は、2015年改正法により採用されなかった。しかしもちろん依然としてある者にかような遺贈を与えることは可能である⁽²⁸⁾。

もはや時代にそぐわない養育 (Erziehung) の遺贈 (旧672条) に代えて教育 (Ausbildung) 遺贈になった。疑わしい場合は受遺者の能力および性向に適った、親のその子に対する義務について当てはまるのと同じ原則に従ったすべての費用が含まれる。疑わしい場合は受遺者にその教育のために稼働能力が期待されえない限りにおいて、必要な生活扶養もまた包含される (新673条)。この遺贈は受遺者が成年に達するまでに制限されない。死者が例えば学資を融資したいと考えている成年者である受遺者のために意味を有しうる。死者が教育の遺贈を詳しく規定していなかった場合は、新673条により子供の扶養の場合にあてはまるのと同じ原則が関与しうるがゆえに、231条の教育および教育の継続に関する豊富な判例が考慮されるべきである。新691条によれば扶養遺贈は従来の法と同じようにすべての他の遺贈に対する優先が認められる。しかし旧691条とは異なり相続財産の帰属時からではなく、相続開始時から帰属する。問題となるのは、新691条に規定されている扶養遺贈の優先が教育遺贈に類推されるかどうかである。フェラーリによれば、多くの者がそれを支持するが、少なくとも子供の扶養における教育は法定の扶養の一部である。さらに教育の遺贈は疑わしい場合は必要な扶養の費用もまた包含する (新673条2文)⁽²⁹⁾。

(チ) 履行期

新685条によればすべての遺贈は疑わしい場合は帰属の日、すなわち通例死者の死亡時に弁済期が到来する。金銭の遺贈および遺産の中に存在しない物の遺贈は、死者の死亡後 (正確には本来は遺贈の帰属後) 1年を経過したときに主張されうる。したがって法はこの種の遺贈のために純粋な猶予を規定する。それは帰属日から給付されることが可能で、さもなければ遅延利息が帰属することを意味する。従来金銭の遺贈は被相続人死亡後1年経ったときに弁済期が到来した。そのためこの1年間は遅延利息が生じなかった。物が当初引渡し準備をしていなかった第三者のもとにあるときは、相続人の負担に帰する遅延利息の期間は、フェラーリによれば理由づけるのが困難である。したがって規定はこの場合制限的に解釈されるべきである⁽³⁰⁾。遺産中にある物の遺贈は、新686条によれば即時に弁済期となり、即時に主張されうる。1年の猶予期間は存しない。他の遺贈の場合と同様に遺贈者の死亡の時から生じた法定利息 (4%) および発生した果実並びに他の付加は受遺者に帰属する。しかし受遺者は、遺贈にかかるすべての負担および遺贈が第三者の過失なしに縮減した

は給付が完全に不能になったときの危険を負担しなければならない。本条も任意規定である⁽³¹⁾。

(1) 遺贈に関するその他の規定

死者が受遺者に特定の、年毎、月毎または時期毎に給付されるべき金額を遺贈した場合に年金遺贈（Rentenvermächtnis）が生じる（687条）。年金遺贈は相続しえない。それは受遺者に、彼が生きていたときに開始した期間のための全額に対する権利を与える。しかし彼は、その期間の終了とともにその額を請求しうる。最初の期間は遺贈者の死亡とともに開始する。相続しうる年金遺贈も可能である⁽³²⁾。

新688条によれば、受遺者は債権者のように債務者に担保を請求しうる。すなわち受遺者は、相続承認の表示の前でも、遺産に対するその請求権の担保の設定および遺産の移転のための管理人（Kurator）の選任を請求しうる（811条）。彼は、遺産の分離を請求することもでき、それは相続人または遺産による担保提供により回避されうる（812条）。介護受遺者には引渡し前に非訟事件手続法176条2項に従って担保が提供されるべきである。受遺者のさらなる権利は非訟事件手続法に従って存在する。特に彼は、打診手続き（Abhandlungsverfahren）により明白に通知され（非訟事件手続法176条2項）、引き渡し決定が送達されるべきである（非訟事件手続法178条5項）。そして彼は遺産手続きにおける制限的な当事者資格を有する⁽³³⁾。

新689条は、自由になった遺贈が誰に帰するかを定める。受遺者が承認をなしえず、またはその意思がない場合は、遺贈は自由になる。この場合まず第一に後位資格者（652条）すなわち後位—または代償受遺者がそれを取得する。後位資格者が存在せず（またはこの者が承認できずまたは承認の意思がなく）かつ全遺贈が複数の者に与えようとした場合は、それらの者の一人が取得しない持ち分は残りの受遺者に帰属する。他の総ての場合は遺贈は遺産にとどまり、原則として相続人に帰する⁽³⁴⁾。

新690条は、遺産が遺贈により汲み尽くされ、かつ相続人が管理活動および代理活動を行いまは行うべき場合を規定する。相続人がその活動を行っている場合は、彼が制限的責任を負う限り（限定承認）、遺産のためになされた負担の補償およびその努力に適った報酬を請求しうるにすぎない。彼が自ら活動しないときは、遺産管理人の選任を求めなければならない。

新691条は、総ての受遺者が遺産から満足を受けうるのではない場合に、他の総ての者に先んじて支払われるべき限りで、扶養遺贈を有利に扱う。さらに旧691条に関する通説の意味で、扶養料がこの受遺者に遺産の取得時でなく、相続開始（被相続人の死亡）とともに帰属することが確定した。この変更は任意法規としてそれとは異なった任意処分に服する。

遺産が債務および他の負担の弁済ならびに総ての遺贈の給付に十分でないときは、受遺者は相続人の制限的責任（限定承認）の場合にのみ割合に応じた減殺に応じなければならない（692条）。新692条は旧692条に関する通説の意味で補完された。限定承認をした相続人は、かような危険が存在する限り、担保と引き換えにのみ遺贈を給付しなければならない⁽³⁵⁾。

さらに新817条は、もはや受遺者に彼らに帰属する遺贈について知らせる相続人の義務を包含しない。資料はその論拠として、受遺者の了知はこれなくしても裁判外紛争処理法176条に規定されていることを挙げる。この規定によれば受遺者は遺産相続手続の範囲内で明らかに法律上当然に了知しうる⁽³⁶⁾。

(3) 死因贈与

(イ) 旧956条：遺贈説と契約説

旧956条に従えば、死因贈与はその有効性のために受贈者による贈与約束の承認、贈与者の側からの撤回の放棄および公証人の証書の様式が必要であった。もちろん死因贈与のいかなる法的性質が認められるべきかが議論されていた。判例および有力説によれば、それは生存者間の行為と死因行為の間の中間的地位を占めていた。この見解によればそれは被相続人の死亡まで契約として、その後は少なくとも遺留分権利者との関係で遺贈として扱われた（遺贈説）。遺贈説のための論拠は特に遺留分権利者の保護にあった。贈与物は遺贈として遺留分の算定に際して遺産から差し引かれえなかった（旧786条1文）。すなわち遺贈説の主張者によれば、死因贈与を被相続人の死後も契約と扱い、受贈者に遺産債権者の地位を許容するとすれば、旧784条後段に従い遺産に対するその請求権は遺産から差し引かれることになったであろう。それは遺留分の相応の減額に導くことになった。被相続人はその場合容易にその最近親者の遺留分請求権を弱めることができたであろう。彼はその財産をその死亡の2年以上前に遺留分権のない者に死因贈与すればよいだけであったにちがいない。彼はその

財産の利用を放棄するには及ばなかった。それはその死亡まで所有者として彼の処分に属したからである。すなわち遺留分権利者による贈与の算入ないし取消はもはや問題となりえなかった（旧785条3項）。遺贈説の主張者はその場合死因贈与契約が締結されるとすぐ旧785条3項の贈与がなされたことから出発した。契約説の不利な点としてわけでもそれが遺贈説と同じ程度には遺留分権のある尊属を保護しないことが引き合いに出された。すなわち遺留分権のある尊属は旧785条に従って贈与の算入をなしえなかった⁽³⁷⁾。

遺贈説に対してまた近時反論が増加していた。主たる反論は、受贈者が遺贈説によれば、被相続人が撤回しえない契約に基づく強い地位にもかかわらず被相続人の死亡後受遺者としての相対的に弱い地位が割り当てられるということにあった。かようなものとして彼は順位において遺留分権利者に劣り、遺留分を分担する受遺者の義務に服した（旧783条）。更に彼は旧787条に従い遺贈をその遺留分に算入しなければならなかった。したがって契約説の支持者は、死因贈与が被相続人の死亡後も依然として生存者間の契約とみなされることを支持した。遺留分権のある子および配偶者は通例遺留分の増額を請求した。なぜならば、被相続人が財産の犠牲をもたらし、贈与の実行の際に初めて、早ければその死亡の際にそれが認められうるときに初めて、死因贈与がなされたものとみられえたからである。したがって旧785条3項の2年間は何の問題も生じなかった⁽³⁸⁾。

(ロ) 2015年改正法の規定

(a) 序説

2015年改正法は死因贈与を新603条に規定している。贈与法にあった旧956条は削除された。立法者が結局、死因贈与が贈与者の死亡後もずっと契約として扱われうる契約説を採用したことは驚きに値する。したがってフェラーリによれば贈与法への整序が望ましいといえよう。贈与の第18章の規定が適用されうるという新603条2文の指示は削除しうるのであろう⁽³⁹⁾。

(b) 要件

新603条1文は、彼が撤回権を契約上留保せず、かつ契約が公証行為として記録された場合には、死因贈与が贈与者死亡後も契約とみなされると規定する。新603条の解説によれば、有効な死因贈与は、贈与者が947条以下の事由を超える撤回権を契約上留保せず、かつ契約が公証行為として記録されたことを

前提とする。この二つの要件の一つが存在しない場合は、死因贈与は無効である。法文は、それが死因贈与が上記の要件のもとに贈与者の死後契約とみなされうると述べるがゆえに、それを全く明確には表現していない。それは、場合により撤回留保を包含し、かつ贈与者の死亡後契約としてではなく、従来主張された遺贈説の意味で遺贈として扱われることを排除しないように思われる⁽⁴⁰⁾。

しかしフェラーリによれば、解説の意味の新603条1文の解釈は問題なしに可能である。贈与者の死亡時になお両要件の一つが欠けている場合は、この合意は契約とはみなされず、契約が発生していないかの如くみられる。その場合遺贈のための要件が履行されているかどうか、およびその合意が法律行為の転換の方法で遺贈に読み替えられるかどうかのみが検討されうる。したがって明示的な撤回の放棄は必要でないが、贈与者は撤回の可能性もまた留保しえない。かように条件はなお排除されない。しかしその発生を贈与者の意思にのみ依存させる純粹な随意条件は、それが撤回の留保と同視しうるのがゆえに許容されない⁽⁴¹⁾。

(c) 贈与権と自由な四分の一

新603条2文は死因贈与のために一方では贈与権の適用を規定し、他方では新1253条はまた、相続契約における自由な四分の一に関する規定を適用する。新1253条によれば、契約当事者は相続契約によりその遺贈する権利を完全には放棄しえない。遺留分によってもまた他の請求権によっても負担を受けない純粹な四分の一が自由な終意処分⁽⁴²⁾に服する。解説にはこの2015年改正法により新たに導入された制限につきさらなる言及はない⁽⁴²⁾。

問題なのは、新1253条と、贈与法に属するがゆえに適用されうる944条とがいかなる関係にあるかである。立法者によるこれに関する明確化が歓迎されうる。すでに旧法上死因贈与のために旧1253条の類推適用を肯定する声があった。この見解の主張者はフェラーリによれば適切に両規定を相互に適用する⁽⁴³⁾。

(d) 効果

起草者は新603条の文言から明らかなように契約説に従った。したがって以下には改正法の規定に基づいてこの契約説の主要な効果を簡単に素描しよう。

①死因贈与の受贈者は遺産債権者であり、かような者として受遺者に優先する(692条)。しかし贈与債権者として彼は、遺産がすべての債権を満足させるのに不十分であり、かつ相続人の責任が制限されているときは、死者の他の債権者と同じ権利を有するのではない。遺産の破産の場合、破産法58条から導かれ

るように彼の請求権は破産債権ではない。支払いに代わる引渡し並びに相続人自身による割合に応じた満足もまた破産法上の原則に従わねばならない。その結果この場合もまた死因贈与の受贈者は死者のその他の債権者に劣後する。すでに遺産から満足を得ているときは、債権者は破産法および債権者取消権法の取消可能性に手をつけねばならない⁽⁴⁴⁾。

②遺産目録に贈与された物は消極財産として記載されねばならない。受贈者の請求権は財産目録に記載されうる。③遺留分の計算に関して贈与は消極財産として控除されうる（新779条1項）。④受贈者には遺留分権利者に対する関係で、遺留分に寄与するという新764条2項に規定された受遺者の義務は帰属しない⁽⁴⁵⁾。

⑤死因贈与は贈与者の生前実行された贈与と同様、新781条以下に従って加算および算入に服する。新782条は、遺留分の主張が問題になる場合、死因贈与のために通例意味を有する。この規定によれば、遺留分権利者の請求に基づいて、遺留分権利者の範疇に属しない者に死の前の最後の2年間に死者が現実になした贈与は、遺産の計算に際して加算されうる。換言すれば、贈与者はその最近親の近親者の遺留分の効果を、彼が遺留分権利者でない者に彼の死の2年以上前に重要財産を贈与することによって失わせえない。すなわち、死因贈与の締結の時点ではなく、現実の財産取得の時点が問題になる。解説によれば、そのもとに死者が財産の犠牲を最終的にもたらした時点が理解されうる。死因贈与の場合贈与者は通例その死亡のときまで贈与された物の所有者なのだから、財産の犠牲はこの時まで完全にはもたらされていないのである。そのことは、死因贈与が通例新782条の2年間になされ、その結果新782条の贈与の算入に服するという結果に導く。死因贈与による契約説の適用の場合に現行法上可能なような尊属の遺留分権の弱体化は、新法ではもはや問題とはならない。尊属はもはや遺留分権者の領域に入らない、すなわち彼らにはもともと遺留分権が帰属しないからである⁽⁴⁶⁾。

かように契約説の意味における死因贈与の新規定は、遺留分権に関する新規定に一般的に、また贈与の算入に特別に調和している。死因贈与は贈与者の死亡後も生存者間の契約とみなされうるのだから、受贈者の相続不適格は死因贈与に基づく彼の権利の喪失には導かない。しかし権利者の非難に値する行為は贈与者に、また彼の死後は彼の相続人に忘恩による贈与の撤回の権利を与え

る(948条以下)。重大な忘恩の要件が満たされていない場合は、贈与者またはその相続人による双方錯誤の主張が考慮されうるのであろう(新901条, 新572条)。しかし新572条が双方錯誤の主張を狭い範囲においてのみ許容するがゆえに、死因贈与をこの方法で有効に取り消す機会は狭いであろう⁽⁴⁷⁾。

(4) 結語

フェラーリによれば、遺贈法ではおそらく若干の者により期待される総合的な切り札となる規定には逢着しない。依然として多くの、部分的に詳細な条文において規定される。言語上および内容上の現代化はフェラーリによれば大部分成功している。死者が遺贈を与えようとした相続人のための疑問点に関する規定は有用である。これらの場合しばしば解釈によってもまた、遺贈が付加的に相続分に帰するか、それとも相続分に算入されるかが探求されるからである。同様に扶養—および養育遺贈に関する新規定も歓迎されう。それは疑問点のある事例のために明確な指示を包含する。死因贈与のための規定(新603条)は、第一文の中に有効性の要件を定め、第二文では、それが贈与者の死亡後も契約として扱われうることを指示する場合に、より明確にならう。しかし法に採用された契約説は、非常に積極的に評価されう。すでに示されたようにそれは十分な程度において受贈者の利益と遺留分権利者の利益を保護する⁽⁴⁸⁾。

〈注〉

- (1) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 57-58 [Ferrari]. オーストリアでは通常の遺贈の他に、即時に取得の権限を生じる法定遺贈 (gesetzliche Vermächtnisse) がある。新法上①配偶者および登録パートナーへの法定先取遺贈 (745条1項), ②内縁関係にあった者への法定遺贈 (746条2項), ③介護遺贈 (Pflegevermächtnis) (677条, 678条) の三つの場合がある。
- (2) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 58 [Ferrari].
- (3) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 58-59 [Ferrari].
- (4) OGH 2 Ob 315/52 SZ 25/112 = JBL 1953, 236.
- (5) OGH 1 Ob 108/10d EvBl 2011/78 = EFSlg 127. 107 = NZ 2011/49.
- (6) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 59 [Ferrari].
- (7) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 60 [Ferrari]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 104 [Pesendorfer].
- (8) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 60 [Ferrari].

- (9) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 60 [Ferrari].
- (10) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 61 [Ferrari]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 105 [Pesendorfer].
- (11) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 60-61 [Ferrari].
- (12) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 61 [Ferrari].
- (13) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 62 [Ferrari]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 105 [Pesendorfer].
- (14) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 62 [Ferrari].
- (15) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 62 [Ferrari].
- (16) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 106 [Pesendorfer].
- (17) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 106 [Pesendorfer].
- (18) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 106 [Pesendorfer].
- (19) OGH 5 Ob 284/65.
- (20) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 62-63 [Ferrari].
- (21) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 63 [Ferrari].
- (22) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 108 [Pesendorfer].
- (23) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 109 [Pesendorfer].
- (24) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 109 [Pesendorfer].
- (25) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 109 [Pesendorfer].
- (26) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 111 [Pesendorfer].
- (27) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 63 [Ferrari].
- (28) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 64 [Ferrari].
- (29) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 64 [Ferrari].
- (30) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 64-65 [Ferrari]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 112 [Pesendorfer].
- (31) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 112 [Pesendorfer].
- (32) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 112-113 [Pesendorfer].
- (33) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 113 [Pesendorfer].
- (34) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 113 [Pesendorfer].
- (35) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 114 [Pesendorfer].
- (36) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 64-65 [Ferrari].
- (37) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 65-66 [Ferrari].
- (38) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 66 [Ferrari].
- (39) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 66-67 [Ferrari].
- (40) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 67 [Ferrari].
- (41) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 67 [Ferrari].
- (42) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 67-68 [Ferrari].
- (43) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 68 [Ferrari]. これに対してモンデルは、死因贈与は将来の財産の継承だから、契約当事者が贈与者のその他の遺産がいくらあ

るのかを知りえないがゆえに、自由な四分の一を定めるための贈与の時点を確認するのが困難となりうると指摘する (Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 72 [Mondel]).

- (44) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 68 [Ferrari].
- (45) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 68 [Ferrari].
- (46) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 68-69 [Ferrari].
- (47) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 69 [Ferrari].
- (48) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 70 [Ferrari].

九 改正法における遺留分の新规定

(1) 遺留分権の原則的な保持

相続法改正の中心的論点の一つは遺留分権に関する規定である。これが強行法として被相続人の処分権から奪われ、相続の効果の計画においても、また被相続人の死亡の後でも特別のランクを占めるからである。相続法改正の前段階では、遺留分が時機に適っているか、それがどのような機能を果たすか、および代償なしに削除されることはよくないかという問題が激しく議論された。起草者は遺留分の保持に賛成した。それはツェヒリング—ユートによれば原則的に歓迎されるべきである。しかし起草者がこの政策的決定を全く説明しておらず、また遺留分の機能および論拠についても説明がないことは残念である。それは新规定の解釈に際して問題を提供するであろう⁽¹⁾。

ペーゼンドルファーによれば、経済的、社会的事情の変化が、配偶者および登録パートナーの法定相続分の増加と親族のその減少に導いている。親族を扶養するという相続法の機能が1811年の頃の社会状況に比べて後退したからである。このことは、遺留分権者の地位の後退にも当てはまる。遺言および所有権の自由の制限としての遺留分権は、その論拠をまず第一に家族の平和の維持に関するその衡平機能に有している。その緩和は、今日では家族財産が生活関係の確保を広い範囲で引き受けた初期の時代よりも合理的である。今日では社会国家が広範囲に助けになっている⁽²⁾。しかしツェヒリング—ユートによれば、この法律から遺贈の自由と遺留分との間の緊張関係の中で将来的にそのいずれが強化されるべきかにつきいかなる傾向も引き出されない。資料では遺贈の強化が改正の目標とされているが、新ルールの若干のもののみがこの目的を実現し

ている。厳密に観察すると他の規定は遺留分を強化している結果になっているため、将来的には遺留分権の存在価値が全く個々の事例の事情に依存するかのようである。したがって起草者の遺留分に関する明確な位置取り自体が周辺の法政策的議論のためにも望まれるであろう⁽³⁾。

(2) 遺留分権と遺留分

(イ) 抽象的な遺留分権と遺留分

(a) 子孫、配偶者および登録パートナー

新757条によれば子孫および配偶者または登録パートナーは遺留分権がある。子孫として従来子および孫（42条）ならびに養子が理解されてきた。尊属の遺留分権が削除された。それは、ツェヒリングーユートによれば原則的に歓迎されうる。遺留分は新759条によれば統一的に法定相続の場合に遺留分権利者に帰属するものの二分の一である。この改正が実務上遺言自由の拡大に導くかどうかは疑わしい。一方では尊属の遺留分権はすでに従来小さな実務上の意味しか有しなかった。通例子はその親より前には死なないからである。他方において配偶者または登録パートナーの法定相続権およびその遺留分権は強化された。尊属の遺留分の喪失により得られた遺贈の自由は、したがって配偶者またはパートナーの遺留分の強化により再び減殺される。その場合被相続人の観点からは、配偶者または登録パートナーがその法定相続分の単なる三分の一ではなく二分の一を取得するがゆえに、勝者の利益と敗者の損失の合計が零となるというルールもまた問題にならない⁽⁴⁾。

(b) 介護遺贈

子孫および配偶者または登録パートナーの遺留分とならんで、彼の死亡前に被相続人を介護した特定の近親者に一種の特別の遺留分（介護遺贈（新677条以下））が与えられる。これは欠格事由がある場合にのみはく奪され（新678条2項）、新764条2項により他の遺留分に優先する。介護遺贈はその限度で遺留分の性質を有する⁽⁵⁾。

(c) 内縁関係にあった者のための遺留分？

内縁関係にあった者のための遺留分の創設は断念された。しかし内縁関係にあった者は新しい法状態に従い特定の前提の下で特別の相続権を、また新745条により（時間的に制限された）法定の先取遺贈請求権を有する。これが配偶

者や登録パートナーと同様遺留分の性質を有するかどうか、すなわち、欠格事由の存在の場合にのみはく奪されるかどうかは、ツェヒリング—ユートによれば明らかでない。内縁関係にあった者が抽象的に遺留分権利者の範疇に数えられず、かつまた特別の場合にのみ特別の相続権を有するという事情はその先取遺贈の遺留分の性質に反する。もちろん新764条2項は、内縁関係にあった者が彼の法定の先取遺贈で他の遺留分を補てんするに及ばない、すなわちこれに優先すると規定する。これは評価矛盾である。被相続人が内縁関係にあった者から法定の先取遺贈をはく奪しうる場合、内縁関係にあった者は、被相続人が遺留分をはく奪しえない他の遺留分権利者に優先しえない。新764条2項は、ツェヒリング—ユートによれば内縁関係にあった者の法定の先取遺贈もまた遺留分の性質を有し、欠格事由がある場合にのみはく奪されうることを示す。この考えに従うならば、裏口によって内縁関係にあった者のための遺留分が創り出されることになろう。それはもちろん1年の期限のために結果は小さなものである⁽⁶⁾。

(ロ) 具体的な遺留分権

以前と同様(旧763条)人の具体的な遺留分権は、新758条1項に従い、彼が相続権をはく奪されず、かつ遺留分を放棄しない場合において、彼に終意処分なしに具体的に法定の相続分が帰属するかどうかによって依存する。司法省草案で計画されていた仮定的法定相続分からの具体的な遺留分権の法律的な切り離しは幸運にも削除された。立法資料によれば、相続の辞退は遺留分の放棄と同じ意味に理解されている。その場合これが(遺留分の留保のない)相続の放棄のためにのみ効力を生じることが付加される。起草者がこの場合どのような事例を考慮していたのかは明らかでない。しかし新808条2項は、遺留分権のある者が相続を遺留分の留保のもとに放棄しうるということが明らかである⁽⁷⁾。

(ハ) 遺留分権者の喪失の場合の持ち分の増加?

(a) 従来の法状況

旧767条1項によれば、相続放棄、相続欠格、相続の廃除またはその他の原因により法定相続から排除された者は、他の者の遺留分の計算に際して、彼が存在しない場合と同様に扱われた。したがって相続の放棄、相続欠格および相続の廃除は、法文によれば、喪失者の子孫が代わりに現れない場合は、その他の遺留分権者がいる場合持ち分の増加に導いた。これが相続放棄ないし遺留分

の放棄の場合事物に適っているかどうかは現行相続法の最も議論されている問題である。被相続人がしばしば遺留分の放棄のために示談金を給付し、その限りで遺言の自由を贖うが、他の遺留分権利者がいる場合は持ち分の増加により再びそれを失うことが考えられる。したがって通説であるが議論されている見解によれば、純粋な遺留分の放棄は旧767条1項により喚起された外観に反して持ち分の増額には導かなかった⁽⁸⁾。

(b) 新しい法状態

新760条1項はこの問題を把握し、ヴェルザーの提案⁽⁹⁾に従って以下の新規定を置いた。遺留分の放棄は他の遺留分権者の遺留分を増額しない。同じことは相続の放棄についてもあてはまる。それは遺留分の放棄とその限りで同様に把握される。しかし、新760条2項によれば、遺留分権者が他の事由に基づいていかなる遺留分も取得しない場合、すなわち、早く死亡し、相続欠格であり、または相続から廃除される場合で、先死亡者、相続欠格者または相続廃除者の子孫の誰も遺留分を取得しない場合に、他の遺留分権利者における遺留分の増額が問題になる。この原則は原則的に歓迎されるべきである。問題なのは、ただこれ（遺留分放棄の場合に持ち分が増加しないこと）が疑わしい場合にのみあてはまることである。それによって立法資料によれば、被相続人もまた放棄者と異なった合意をなしうることもまた意図されている。したがって被相続人は放棄者とその放棄が他の者の遺留分の増加に導くことを合意しうる⁽¹⁰⁾。

かような形成可能性の実際上の必要性がみえないことを度外視すると、それは体系には反しているようにも見える。一方では一人の遺留分権利者の遺留分額が、他の遺留分権者が被相続人と合意したことに依存することが、ある観点では新しいものになる。それと結びついた法政策的な条件は資料では明らかにされておらず、ツェヒリング—ユートによっても明らかでない。他方において新551条、758条2項により遺留分の放棄は、疑わしい場合は子孫にも拡大され、被相続人および放棄者に既に放棄の効力の拡大に関して形成の余地が帰する。したがって新ルールによれば、放棄者の子孫がなにも取得せず、その代わりに彼の兄弟がより多額の遺留分を取得する、すなわち傍系が直系に対して遺留分法上有利になることが合意されうる。この場合もまた法政策的な原理はわからない。結局被相続人と放棄者の間のかような合意のためにどのような要件があてはまるのか、ないしそれが特定の方式を必要とするのかが問題となる。遺留

分の放棄の合意だけで締結されるのか、公証行為または裁判所の記録の方式(新551条)により締結されるのか、それとも形式は不要なのか、後の時点でもなされうるのか。法律上の明確化がこの場合望まれる⁽¹¹⁾。

(3) 遺留分の残存と金銭による遺留分

(イ) 序説

現行法によれば遺留分権は遺留分権利者に遺産価値の最小の割合を保証する。遺留分は旧774条によれば相続分または遺贈の形で残されうる。遺留分権利者が遺贈を全くまたは不十分にしか受けなかったときは、遺留分の割合に一致した金額の支払に向けられた技術的な意味での彼の遺留分請求権が発生する。実体的な遺留分権はオーストリア民法の異なって述べる規定にもかかわらず通説によれば存在しない⁽¹²⁾。

新法はこの原則を維持する。遺留分は新756条によれば死者の財産価値の一部である。計算の基礎は従来と同様に新778条、新779条に詳しく規定されているように純遺産である。新761条によれば遺留分は金銭で給付されるべきであるが、それは被相続人の出捐によってもまた填補されうる。出捐が全くまたは不十分にしかなされない限り、遺留分権利者は新763条に従って遺留分またはその補完を金銭で請求しうる⁽¹³⁾。

算入の権利における意図された変更、特に一方ではあらかじめの受領、前払いおよび贈与の間の、他方では遺産の遺留分と贈与の遺留分の間の区別の放棄は、しかし遺留分の残存にも影響を及ぼす。被相続人の各々の生前の出捐は贈与として算入され、かつ受贈者のすべての遺留分から控除されるべきなのだから(新787条2項)、遺留分は生前の出捐によってもまた(新781条の意味で)填補されうる。簡単にいえば、遺留分権者が生前または死亡を原因として被相続人から取得したものは彼の遺留分を減少させる⁽¹⁴⁾。

(ロ) 遺留分の填補に適した出捐、条件および負担

(a) 従来の法状態

この関係で特別の意味をもっているのは、新780条、新781条の出捐の概念だけでなく、特に立法過程において政府草案により初めて創設された新762条である。新762条は出捐にかかる条件または負担が取り消しうるかどうかの問題およびそれとともに間接的にどのような出捐が遺留分の填補に適するののかの問

題を規定する。既述のように従来の方状態によれば遺留分は相続分または遺贈の形で残されたが、それは旧774条に従い「遺留分権利者に全く自由に委ねられねばならない。それを制限する条件または負担は無効である。」この理由から従来の方によれば、後位相続、条件、期限、負担または遺産手続の期間を超える遺言の執行の指示は無効であった。遺留分が全く自由でなければならないという背景の前で、年金遺贈の残存が遺留分の填補に適するかかどうかは、改正前の論点の一つに属した⁽¹⁵⁾。

(b) 司法省草案における計画された新規定

司法省草案においてこの原則を維持することが提案された。司法省草案762条1項は、物の換価可能性と衝突する条件および負担は、それにより遺留分が減少する場合は、遺留分権利者により取り消されうると規定した。分割可能な条件および負担のために、取消権は2項で遺留分に制限された。新たに司法省草案762条3項は、分割しえない条件および負担（すなわち条件または負担が全体としての出捐に関わる）においては、取消権は、例外的に、遺留分権者が条件または負担の無顧慮のもとで遺留分額を超えて遺贈され、それにより（取り消しにより）被相続人により追及された目的が挫折する場合は存在しないと規定した。条件または負担の喪失が、遺留分権利者を他の方法で満足させるよりも（仮定的な）被相続人の意思に適しない事例、すなわち遺留分権利者による負担のない出捐の保持が被相続人の意思に抵触する事例が考えられる。これらの場合遺留分権利者から取消権ははく奪され、その代わりに彼は出捐を辞退し、遺留分を金銭で請求することができる⁽¹⁶⁾。

この規定は審理手続では矛盾に陥った。特に「遺留分権者が相続分、遺贈、死因贈与または相続開始後被相続人により設立された私的財団の受益者として得たすべてのものは、遺留分に算入され、その結果遺留分から控除される。死因処分は被相続人の死亡時に評価されるべきである。その評価可能性は算入のための前提ではない。しかしそれは評価に際して考慮されるべきである。」しかし出捐の評価可能性が算入の前提ではないとすれば、どうして評価可能性と抵触する条件および負担が取り消されうるのであろうか⁽¹⁷⁾。

(c) 新しい法状態

新762条はこの批判を考慮に入れ、旧774条（および当初計画された司法省草案762条）を逆の立場に転換した。出捐した財産の評価と抵触する、条件およ

び負担のついた出捐は、それにもかかわらず遺留分の填補に適しており、条件および負担により減少または喪失する用益は、出捐の評価の平面でのみ考慮されうる。したがってかような条件または負担を取り消す遺留分権利者のための可能性はもはや存在しない。新1487a条1項に従い最終意思による出捐の条件または負担を取り消す、新762条によりもはや存在しない権利が3年で時効にかかることは、起草過程の迅速性に遡りうる編纂の過誤であろう⁽¹⁸⁾。しかしバルトは、他の理由による取消も考えられるという理由で、それが編纂の過誤ではないという⁽¹⁹⁾。新762条では遺留分権者に条件および負担の自由意思による引き受けを促す条項もまた削除された。

資料はこのパラダイム転換を説明しないが、特に付帯条件、期限、負担—および譲渡禁止、遺言執行または後順位相続の指示が取り消されえず、かつ負担が評価の平面で考慮されるべきことを明らかにする。したがって将来その女友達を先位相続人に、その唯一の遺留分権を有する子を後位相続人に指定する場合、彼の子へのこの出捐は遺留分の填補に適するものであり、取り消されえず、かつ子が遺産を後の時点で後位相続人として取得するという事情が計算上斟酌されるべきである。したがって年金遺贈も遺留分の填補のために適することはもはや疑われえない。条件および負担を取り消す遺留分権者の権利の喪失は、審理手続で示された変更されないままである新780条との矛盾を解消する。しかし同時に、同様に顧みられねばならない新しい猶予の可能性との別の評価矛盾が生み出された⁽²⁰⁾。

(4) 遺留分の帰属、履行期および猶予

(イ) 帰属

新765条1項によれば、遺留分権者は請求権を自己および彼の相続人のために被相続人の死亡とともに取得する。それとともに言語上は全く首尾よいというわけではないにしても、遺留分が即座に帰属し、かつ即座に相続されうること、すなわち現行法に関する通説と同様裁判上の主張が必要とされないことが表現される⁽²¹⁾。

(ロ) 履行期、主張および利息の発生

(a) 金銭遺留分

遺留分の帰属と履行期は区別されるべきである。この場合新法は、765条2

項が金銭遺留分についてのみ、遺留分権者がそれを死者の死亡後1年後に請求しようと規定するがゆえに、金銭遺留分と遺留分の填補のための出捐を区別するようにみえる。資料は死亡から1年経ったときに遺留分が履行期に達するというヴェルザーの提案を指示し、債務者が死者の死亡後直接遺産を概観しえず、目的に合った手段を獲得しえない、また遺留分額はしばしばまだ不明確なままであり、そのため金銭の遺留分のこの早い時期での支払いは全く非現実的だという理由で金銭遺留分についての特別規定を理由づける⁽²²⁾。

しかし新778条2項およびそれに関する解説との対照から、起草者が金銭遺留分の場合履行期ではなく、主張の可能性を取得する時期を移そうとすることが導かれる。遺産が実際の分与のときまで一般相続人と遺留分相続人の間に共有される財産と観察される、すなわち遺留分権利者がその遺留分請求権の履行まで遺産の展開に関与するという旧786条2文の代わりに、新778条2項は今や遺留分権利者には金銭遺留分の履行まで法定利息が帰すると規定する。したがって資料によれば、遺留分権者は死者の死亡から1年経ったときから可能な、4%の額の法定遅延利息による遺留分の主張まで遺産の価値の展開に関与する。その結果金銭遺留分は即時に履行期となり、死亡の時点から利息を生じ、単に純粋な猶予におけるように主張のみが引き延ばされる。今日の利息水準に鑑みるとこの新规定は相続人にとって経済的な軽減とは異なったあらゆるものを表現する。したがって相続人と遺留分権者の間の法的共同体の従来の構成を放棄するが、主張をする時期だけではなく、履行期もまた移すことが好ましい⁽²³⁾。

(b) 遺留分填補のための出捐

被相続人が遺留分権者を相続人として指定または彼に遺留分填補のために遺贈するときは、この出捐は死者の死亡とともに履行期が到来する。資料によればこれは、遺留分権者に出捐が原則としてこの時に帰属するものでなければならないことを意味する。立法者が帰属という語によって意味するものは、問題がある。一方ではそのもとに主観的な相続権の帰属または遺産請求権が理解されうる。しかし起草者の見解によれば遺留分権者が出捐を手中にすることが問題となることもまた考える。これはもちろん実際上の障害により挫折するであろう。一人の相続人に遺産は原則として死亡のときではなく、引渡しの際に、また受遺者には彼の請求権の主張および履行の後に始めて移転する。紛争事例ではこれが何年も継続しうることが知られている⁽²⁴⁾。

實際上重要なのは利子の発生に関わる問題である。新778条2項は利子の発生をその文言に従い金銭の遺留分についてのみ規定するが、遺留分の填補に関する出捐については規定していない。その際に遺贈が問題になるとすれば、新685条に基づく利子の発生がもたらされる。しかし遺留分権利者が最終意思により、極端な事例では彼の遺留分割合に相応する部分につき相続人となり、遺産手続が何年も継続しているときは、彼は新しい法状況によればふるいの穴から落ちる。彼は遺産の価値の展開には関与するが、これは強制的に積極的なものではないに違いない。この場合首尾一貫した解決につきなお研究されねばならない⁽²⁵⁾。

(ハ) 猶予、割賦金支払いおよび担保

(a) 法政策的基準

立法者の重要かつ法政策的基準は、遺留分権と結びついた相続人にとっての負担を減らすことにある。遺留分権は特に、遺産の中に一人の相続人にのみ帰属する企業のような財産価値のみが主として見出される場合に負担として感じられる。金銭の遺贈を遅くとも被相続人の死後1年経ったときに、出捐する義務は、相続人を取得したものの売却に向かわせ、それによって企業またはその他の財産価値の意図されない粉砕に導く。したがって何年も前から起草者が新766条以下において追隨した金銭遺贈のための猶予可能性への法政策的な要求が存在する。起草者の法政策的な基準は支持されるべきであるが、具体的な仕上げは批判されうる⁽²⁶⁾。

(b) 新規定概観

まず新規定は二つの異なった種類の猶予を定める。新766条は被相続人に猶予または分割金の支払を終意処分により指示することを可能にする一方では、新767条は遺留分債務者の申し立てに基づく裁判上指示された猶予または分割金の支払を規定する。資料はこの場合でも純粋な猶予が問題になること、すなわち遺留分が死亡日から4%の利子を生じることを明らかにする。原則として遺留分が最高で死後5年間猶予されまたは分割金の支払がこの期間内被相続人により指示されまたは裁判所により命じられうる(新766条1項、新767条2項)。特別に顧慮に値する事例では、裁判所は期間を全部で最高10年に延長しうる(新766条3項、新767条3項)。この可能性は裁判所にのみ帰属し、被相続人には帰属しないが、裁判所は延長を被相続人により指示された猶予または分割

金の支払の場合でも指示しうる（新766条3項）。これが遺留分義務者の申し立てに基づく場合にのみ可能であるかどうかを法ははっきり規定していないが、肯定される。結局新768条により裁判所が総ての場合に遺留分請求権の担保設定を指示しうる。その場合資料は民訴56条を指示し、それにより裁判所に担保の種類に関する大きな形成の余地を許容する。担保給付が提供されえないときは、猶予は許容されない⁽²⁷⁾。

(c) 裁判所による衡平のコントロール

被相続人により指示された猶予または分割金の支払は、新766条2項において裁判所の衡平コントロールに服する。それによれば遺留分権者は金銭の遺留分を、これが彼を総ての事情の顧慮のもとに不公平に苛酷に遇しない場合のみ被相続人により指示された期間の経過後始めて請求しうる。資料によればこれは特別に遺留分権者が遺留分を彼またはその最近親者の生活の担保または負担のために緊急に必要とする場合である。裁判上指示された猶予または分割金支払の場合にも裁判所は、新767条1項において例えばどのような衡量が考慮されるべきか言及されている場合は、衡平の衡量を行わなければならない。例えば相続人が、彼の緊急の居住の必要の満足のために彼の役に立っている遺産中にある住居または彼の生活の基礎になっている企業を譲渡しなければならないかどうか、または遺留分請求権の即時の履行の場合にその存続を著しく危殆化するかどうかを顧慮すべきである。しかしこの場合もまた常に遺留分権者の利益が顧慮されるべきである⁽²⁸⁾。

(d) ツェヒリングーユートの批判

ツェヒリングーユートによれば、提案された新規定は多くの理由から批判されるべきである。まず猶予の可能性は金銭遺留分の場合だけでなく、遺留分が終意処分により填補される場合にも存在すべきである。したがって被相続人は、特定の財産価値または遺産からの物が遺留分権者に例えば彼の死後3年経ったときに始めて帰属することを最終意思により指示しうる。その結果被相続人が彼の息子を唯一の相続人に、すなわち彼の企業の相続人に指定し、その娘に遺留分の填補のために別荘を遺贈した場合、彼は娘の遺贈の請求を5年間延ばすことができる。そのためにもどのような政策的な必要があるかは明らかでない⁽²⁹⁾。

第二に相続人の利益において創設された猶予の規定は、多くの事例で経済的なブーメランとして、すなわちその経済的な利益に矛盾するものとして現れる。

その理由は、遺留分が猶予の間4%の利息を生み出すという事情である。それは現実の利息の水準においては遺留分請求権の即時の支払のための与信よりも相続人にとって高くつくことになろう。それに対して相続人が信用に値しないときは、彼は通例担保もまた提供しえない。それは資料によれば猶予を排除する。したがって正当にも最高裁は、審理手続におけるその見解の中で新ルールがそもそも實際上重要な相続人の免責に導くかどうかという問題を提示する⁽³⁰⁾。これは裁判上の衡平コントロールと結びついた法的不安定をも考慮する場合はより一層あてはまる⁽³¹⁾。

新768条の担保請求権に関する限り、ツェヒリングーユートによれば、遺留分権者にそれ自体として担保機能を有する遺産隔離権を与える新812条との内容上の調整が欠ける。新812条3項に従ってそれ自体として担保の提供により回避されうる遺産の隔離が、猶予の場合にも十分に遺留分権者のために担保を提供するものではないかどうかが問題になる⁽³²⁾。

しかしツェヒリングーユートによれば、最も批判されるべきなのは、一方では猶予のルール(新766条)と新762条との調整である。被相続人が自由に遺留分権者に年金遺贈を中止しうる、すなわち例えば、遺留分権者が賃貸建物の1年間1万ユーロの年額収入を取得し、かつ彼がこの収入を一度ではなく、逐次取得するという事情を評価の平面で顧慮に入れるべきことを指示しうる場合、それはこれに関して裁判所の衡平のコントロールに服する、5年または最高10年の猶予と調和しない。被相続人の形成権が広いほど猶予の必要性は小さくなり、または少なくともこれと調和しない。同じメダルの裏が問題になる。存在する評価矛盾は、新762条が最後の瞬間になって始めて創出され、内容の首尾一貫性を目的とする草案の改定のために時間が乏しかったことが原因である⁽³³⁾。しかしこれに対して、バルトは次のように主張する。5年またはそれよりも短い猶予期間経過後遺留分の全部が履行されたかどうかは吟味されるべきである。さもなければ、遺留分権利者は、新763条に従って金銭遺留分(の残余)を請求しうるが、新766条2項に従って原則としてこの期間の徒過後に初めて請求しうる。その限りで新762条、新763条および新766条は全く首尾一貫している⁽³⁴⁾。

(5) 遺留分義務者

(イ) 序説

遺留分義務者は、新764条1項によれば従来と同様遺産および引渡し後は相続人である。新764条2項は従来の783条を受け継ぎ、受遺者の実体的な拠出義務を規定する。従来と同様配偶者または登録パートナーは法定の先取遺贈を取得する。新法では内縁関係にあった者もまた、法定先取遺贈および介護遺贈に基づく受益権を取得する。これらの権利は、内縁関係にあった者への介護遺贈および法定先取遺贈もまた特別の遺留分権の一種であることを現出させている⁽³⁵⁾。

(ロ) 優先権たる遺贈

配偶者および登録パートナーが法定の先取遺贈を受ける地位が現行法上意味するものは、周知のごとく議論されているが、遺産がしばしば婚姻家庭および家産からのみ生ずるがゆえに、実務上最も重要である。法定先取遺贈の優先的地位が事実上配偶者または登録パートナーの一種の特別遺留分に導き、その結果先取遺贈の価値が配偶者または登録パートナーに帰属する遺留分を超える場合でも、他の遺留分権者はなんら得るところがないのか、それとも単に客体に関する優位が問題になり、その結果配偶者はあらかじめ請求しうるが、遺産における相当な給付の義務を負うのか。この問題の実際上の重要性のために立法者は態度を示すべきであったであろう。この場合新たに遺留分の機能および理由に関する明確な表現が一般的に装備されるであろうことが示される⁽³⁶⁾。

(6) 相続不適格および相続権のはく奪

(イ) 新法の体系

既述のようにある者の具体的な遺留分権は、彼に終意処分なしに具体的に法定相続分が帰属し、かつ彼が相続権をはく奪されないことを前提とする。したがって相続不適格と相続権のはく奪は、遺留分権の消極的前提である。相続不適格および相続権のはく奪に関する規定は原則的に新しく構成され、その場合遺贈の自由の増大に寄与するために相続不適格—および相続権のはく奪事由を節度をもって拡大することが起草者の関心事であった。従来と同様法は、新538条以下の相続不適格（相続無能力）と新769条以下の相続権のはく奪を区別した⁽³⁷⁾。

(a) 相続不適格

古い法状況は、周知のように絶対的な相続無能力と相対的な相続不適格を区別した。特に修道僧に関わり、実際上の適用領域を有さなかった絶対的相続無能力に関わる旧538条以下は削除された。新しい法で実際に絶対的相続無能力がもはや存在しないかどうかは、33条の報復権 (Retorsionsrecht)⁽³⁸⁾に鑑みて問題がある。相対的相続不適格のもとに従来の法ではすでに法律上当然に作用する相対的相続無能力が理解される。新法はそれに対して二つの相続不適格の categorie を創設した。新539条、新540条の相続不適格事由は以前と同様法律上当然に、すなわち被相続人による宥恕がない限り、被相続人の指示なしにも作用する。立法資料によれば、これは絶対的相続不適格である⁽³⁹⁾。

これに対して新541条の相続不適格事由は、被相続人がその遺言不能、無知またはその他の事由に基づいて相続権のはく奪をなしえない場合にのみ法律上当然に相続不適格に導く。したがって立法資料によれば今や相対的相続不適格と呼ばれる、一種の補助的相続不適格が創造された。立法者がこの場合どのような事由を考えているのか資料には明示されておらず、このことは法的不安定に導く。特に無知として相続不適格事由の存在に関する無知が理解されるのか、それとも被相続人の単なる法の錯誤も含まれるのかもまた問題となる。いずれにせよ、被相続人が客観的に相続権をはく奪しうる状況にあったが、彼がそれを事実上なす前に死亡した場合は、新541条は関与しない。これが事物に適っているかどうかはこの場合ペンディングにしておこう⁽⁴⁰⁾。

(b) 相続権のはく奪

相続権のはく奪として従来と同様に終意処分による遺留分の全部または一部のはく奪が理解されうる (新769条)。それは新770条以下の相続権のはく奪事由が存在する場合にのみ効力を生じる。新770条は相続権のはく奪事由の例示的列挙を包含する。それは相続不適格事由を繰り返すが、部分的に修正しかつ若干拡大する。各々の相続不適格事由が相続権のはく奪事由でもあることは (旧770条)、新法はもはや規定しない。新771条は言語的に現代化されて善意の相続権のはく奪を規定する (善意の企てによる相続権のはく奪 (exheredatio bonamente) (旧773条))。

(ロ) 相続不適格—および相続権はく奪事由

(a) 可罰行為

これまでのように被相続人に対して故意によってのみ行われえ、かつ1年以上の自由刑によって威嚇される裁判上の可罰行為を犯した者は、法律上当然に相続不適格であり、または相続権をはく奪されうる（新539条、新770条1号）。新たに遺産に対する不法行為、すなわち例えば、遺産に属する財産の横領、破壊または窃盗または利得意思をもってする違法な口座からの引き出しもまた含まれる。かような不法行為は新539条の意味の相続不適格事由にすぎないが、それらが自然に適って被相続人の死後始めて実現可能で、かつそのため被相続人は相続権をはく奪をもちやなしえないがゆえに、相続はく奪原因となる⁽⁴¹⁾。

新541条1号は、特定の被相続人の近親者に対する不法行為についてこの相続不適格事由を拡大した。その場合この相続不適格事由は補充的にのみ、すなわち被相続人が相続権をはく奪をなしえなかった場合にのみ関与する。近親者に対する不法行為は、これを越えて新770条2号に従った相続権はく奪事由である。その場合近親者の範囲は新541条1号におけるよりも若干広い。最後に新770条6号に従い、従来の旧768条3号に従うように、一つまたは複数の故意によりなされた可罰行為のために終身のまたは20年の自由刑の判決が下されたときは相続権はく奪事由となる⁽⁴²⁾。

ツェヒリング—ユートによれば、全く上出来とは言えない論理を度外視しても、この事例群は評価矛盾を免れていない。それは特に刑法との調整の欠落から生じている。すなわち刑法166条は家族間の財産的不法行為を一般的な刑罰の威嚇が3か月の自由刑に、特別の不法行為の場合は6か月の自由刑に切り下げられるというように優遇している。この優遇は、判例によれば相続法でも考慮されるべきである⁽⁴³⁾。これは再び、家族圏内における被相続人に対する財産的不法行為が相続法上広範囲に制裁を受けないが、内縁関係にあった者に対する財産的不法行為が、刑法166条によれば、加害者が家族共同体の中で生活している場合のみこの者が優遇されるがゆえに、新541条1号に従って相続不適格に導くか、新770条2号に従って相続権はく奪に導くという結果に導く。更なる評価矛盾が、刑法上優遇されていない、遺産に対する財産的不法行為の関与から生じる。すなわち彼の死の直前に被相続人の財産を盗んだ者は、原則として相続法上の結果を負担するに及ばないが、死の直後に行った者は相続不

適格である⁽⁴⁴⁾。しかしバルトは、新541条1号、2号と刑法166条の加害者たる親族の優遇規定とは矛盾しないという。その理由として第一に、刑法166条の優遇は、器物損壊、窃盗、詐欺の場合は認められるが、ゆすりや強盗の場合は認められないこと、第二に被害者に指定親族だけでなく、非親族や家族共同体を形成していない親族が含まれている場合にも刑法166条の適用はないこと、第三に刑法166条は、家族圏内における特定の財産的不法行為があまり重大な結果を生じないという考えに基づくものであり、これは相続法にも当てはまること、第四にすでに新770条4号、5号により相続権はく奪されている場合は、刑法166条の優遇は問題とならないことが挙げられている⁽⁴⁵⁾。

(b) 死者の最終意思の挫折

旧542条による場合のように新540条により、例えば意思表示の強要または詐欺的な誘導、作成の妨害または終意処分を抑圧による死者の最終意思の挫折は、相続不適格にする。新540条は最終意思の意図的な挫折のみが相続不適格に導くことを明らかにする。新770条3号は相応の相続権はく奪事由を包含する⁽⁴⁶⁾。

(c) 重篤な精神的悲しみ

被相続人に非難されるべき方法で重篤な精神的悲しみを与えた者は、新541条2号により補充的に相続不適格となりまたは新770条4号により相続権はく奪される。実際上一方では、重篤な精神的悲しみがそれと結びついている限り、従来の緊急時における被相続人の見殺しが問題になり(新768条2号)、他方では1325条以下の被相続人の権利領域の侵害ならびに侮辱、心理的恐怖および心理的圧力の行使が問題になる⁽⁴⁷⁾。

(d) 家族上の義務の重大な懈怠

最後に新541条3号によれば、その他死者に対して親子間の法律関係に基づく義務を懈怠した者も補充的に相続不適格である。新770条5号は、相当な相続権はく奪事由を包含する。この場合親子関係ではなく、死者に対する家族法上の義務の重篤な懈怠が問題になり、それとともに配偶者および登録パートナーもまた含まれる。資料によれば、この構成要件の中に従来の旧540条選択肢2および旧769条選択肢2(存続義務の重大な懈怠)が吸収されるが、それを超えて長期間にわたる子または親の接触の根拠のない懈怠もまた含まれる⁽⁴⁸⁾。

(ハ) 標準となる時点

相続不適格は新543条によれば従来と同様相続財産帰属時に判断されうる。

単に遺産に対する不法行為および被相続人の真正な意思の挫折についてのみ新543条2項は、それらが相続能力の後発的喪失にも導きうることを規定する。Aが父の死亡後すべての遺産を取得するために兄弟Bを殺害するという机上設例は、起草者により明らかに無視された。近親者に対する不法行為もまた含まれるにもかかわらず、新543条の文言によればAは相続能力がある⁽⁴⁹⁾。

(二) 遺留分の減額

従来のように被相続人は、遺留分権利者との親しい関係が欠けている場合は新776条に従って遺留分を半分に減らしうる。彼が接触を理由なく避け、または接触の欠落のための原因を与えた場合は、これは当てはまらない。旧773 a条との関係における重要な改定は、親しい関係が決して存在しなかったことではなく、被相続人の死亡前に長期間存在しなかったことで十分なことにある。司法省草案は、なお10年の期間を規定し（776条1項）、政府草案は、特定の期間を放棄するが、資料によれば、少なくとも20年間何ら接触がなかったことを要する⁽⁵⁰⁾。

さらに遺留分減額の可能性が配偶者または登録パートナーに対してもまた存在することが新しい。この場合もまた配偶者または登録パートナーとの間で全くまたは少なくとも長期間（20年間）親しい関係が存在しなかったかどうか、実務上その規定の各々の適用領域では問題になる。したがって所与の場合に法定の先取遺贈もまた半額まで減少されうるかどうかの問題もまた、理論上の意味を有するにすぎない⁽⁵¹⁾。

ツェヒリングーユートによれば、問題は相続不適格と相続権のはく奪の限界の困難さにある。既述のように新541条3号によれば、その他に死者に対して親と子の間の法律関係に基づく彼の義務を著しく懈怠した者が補充的に相続不適格である。新770条5号は、相当な相続権はく奪事由を包含する。この場合、その他の点では区別の事実上の正当化なしに、親子関係ではなく、死者に対する家族法上の義務の重大な懈怠が問題になる。そのため配偶者や登録パートナーもまた含まれる。資料によれば、この構成要件のもとに長期間にわたる子または親の接触の根拠のない拒絶もまた含まれる⁽⁵²⁾。

したがって長期間にわたる接触の根拠のない拒絶は、補充的な相続不適格または相続権のはく奪に導くが、長期間の、資料によれば少なくとも20年間を超える親しい関係の欠落は、遺留分の減額のみを権限を与える。体系的な解釈は、

相続不適格または相続権のはく奪がもっと長い接触の拒否の場合にのみ満たされることに導く。しかしこの構成要件は根拠のない接触の拒絶の場合はいつでも大幅に実際上の重要性を失う⁽⁵³⁾。

(7) 最終的な評価

ツェヒリングーユートによれば、一般的な遺留分権における新規定と結びついた起草者の法政策的な基準は、原則的に賛成されうるものであり、学説の何年にもわたる要請にも適っている。これは特に尊属の遺留分の廃止、遺留分の残存の場合の被相続人の自由処分の余地の拡大、遺留分の支払猶予の可能性および相続権はく奪事由の大幅な拡大について当てはまる。しかしこの基準の技術的な転換は、ツェヒリングーユートによれば成功していない。法律は限界の困難、評価の矛盾およびわかりやすい法律の根本基準を妨げる未解決の多くの問題を包含する。一部は新規定の具体的な形態が、履行猶予の事例が示すように、それらによって追及される法政策的な目的が欠けていることを惹起する。十分な時間があれば、この欠点は除去されえただであらう⁽⁵⁴⁾。

〈注〉

- (1) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 71-72 [Zöchling-Jud].
- (2) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 14 [Pesendorfer].
- (3) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 72 [Zöchling-Jud].
- (4) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 73 [Zöchling-Jud].
- (5) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 73 [Zöchling-Jud].
- (6) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 73-74 [Zöchling-Jud]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 166 [Barth].
- (7) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 74 [Zöchling-Jud]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 167-168 [Barth].
- (8) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 74 [Zöchling-Jud].
- (9) Welsler, Erbrechtsreform, 17. ÖJT Band II/1, S. 30f.
- (10) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 74-75 [Zöchling-Jud]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 172 [Barth].
- (11) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 75 [Zöchling-Jud]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., SS. 170, 172-173 [Barth].
- (12) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 76 [Zöchling-Jud].
- (13) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 76 [Zöchling-Jud].

- 14) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 76 [Zöchling-Jud].
- 15) Vgl. OGH 6 Ob 189/98g NZ 2000, 44; Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 76-77 [Zöchling-Jud].
- 16) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 77 [Zöchling-Jud].
- 17) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 77 [Zöchling-Jud].
- 18) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 78 [Zöchling-Jud].
- 19) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 163 [Barth].
- 20) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 78 [Zöchling-Jud].
- 21) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 78 [Zöchling-Jud].
- 22) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 79 [Zöchling-Jud]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 178-179 [Barth].
- 23) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 79 [Zöchling-Jud].
- 24) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 79-80 [Zöchling-Jud].
- 25) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 80 [Zöchling-Jud].
- 26) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 80 [Zöchling-Jud].
- 27) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 80-81 [Zöchling-Jud].
- 28) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 81-82 [Zöchling-Jud].
- 29) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 82 [Zöchling-Jud].
- 30) OGH, Stellungnahme 32/SN-100/ME 25. GP 12.
- 31) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 82 [Zöchling-Jud].
- 32) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 82 [Zöchling-Jud].
- 33) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 82-83 [Zöchling-Jud].
- 34) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 181 [Barth].
- 35) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 83 [Zöchling-Jud].
- 36) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 83 [Zöchling-Jud]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 177 [Barth].
- 37) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 84 [Zöchling-Jud].
- 38) オ民33条は、外国人にも、その権利の享受のためにオーストリア国民の資格が明示的に要求されていない場合は、同国民と同じ民事上の権利義務が帰することを定めている。
- 39) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 84 [Zöchling-Jud].
- 40) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 84-85 [Zöchling-Jud].
- 41) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 85 [Zöchling-Jud].
- 42) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 85 [Zöchling-Jud].
- 43) OGH 13. 12. 1984, 8 Ob 549/84.
- 44) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 86 [Zöchling-Jud]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 23-25 [Pesendorfer].
- 45) Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 186-187 [Barth].
- 46) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 86 [Zöchling-Jud].

- (47) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 86 [Zöchling-Jud].
 (48) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 86-87 [Zöchling-Jud].
 (49) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 87 [Zöchling-Jud].
 (50) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 87 [Zöchling-Jud].
 (51) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 87 [Zöchling-Jud].
 (52) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 87-88 [Zöchling-Jud].
 (53) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 88 [Zöchling-Jud].
 (54) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 88 [Zöchling-Jud].

十 新法による遺留分への算入

(1) 個々の変更点の概観

2015年改正法は遺留分への算入を根本的に変更した。以下には変更をまず概観し、次いで若干の改正点を取りあげ、議論する。遺留分への算入における最も重要な変更は、贈与の前払いとしての処理である。したがって贈与は算入の場合遺留分全部から控除され、従来のように遺留分の増額(贈与遺留分(Schenkungspflichtteil))から控除されるのではない(781条1項)。その場合法律はその限度で技術的な明確化を行い、加算(Hinzurechnung)(計算上の付加)と算入(Anrechnung)(増額した遺留分からの控除)を区別する(787条)⁽¹⁾。

死因贈与は、従来の通説とは異なり生前贈与と同視される(781条1項, 603条)。前払いと贈与の同視と前払いは合意を必要としないという改定は関連している(781条2項2号)。相続—または遺留分放棄のための示談は今や無償の出捐と性質づけられ、算入義務ある贈与と扱われる(781条2項3号)。私的財団への財産の寄付および受益者への私的財団の寄付も同様に贈与と扱われる(781条2項4号, 5号)。会社法上の後継者規定(相続—, 入会—または増加条項)は場合によっては贈与のように算入されうる(781条2項6号)⁽²⁾。

被相続人(死者)は贈与の算入を最終意思または受遺者との文書による合意により許容しうる(785条)。それとともに一方ではあらかじめの受領と前払いの、他方ではあらかじめの受領と贈与との区別はもはや明らかでなく、贈与と算入の許容された贈与との区別が存在する。その場合両事例で新782条1項の最も広い意味の贈与が理解されうる⁽³⁾。

司法省草案の見解とは異なり、遺留分権者と遺留分権のない者との間の区別

が期間に関して維持される。2年以上前に遺留分権のない者になされた贈与は、それにより算入されない（782条1項）。同じことは、遺産が遺留分の填補のために十分ではない場合の責任についても当てはまる（792条）。算入と遺留分権者の責任はこれからも期限はない。旧法についてあてはまる財産犠牲説（Vermögensopfertheorie）はより強く協調される（782条、792条）。遺留分を放棄した者もまた加算および算入を請求しうる（783条1項3文）⁽⁴⁾。

(2) 贈与と前払いの同視

(1) 加算と算入、古い法状態との比較

従来の法状態によれば、贈与の算入の場合二つの金額の形成が先行した。一つは純粋な遺産であり、もう一つは総ての贈与の額である。次に両金額から遺留分が算定されるべきである。純粋な遺産から算定された遺留分は普通遺留分（Gemeiner Pflichtteil）と、すべての贈与の金額から算定された遺留分は贈与遺留分（Schenkungs-pflichtteil）と呼ばれた。贈与を受けた遺留分権者は彼の贈与を贈与遺贈からのみ控除させるべきであり、普通遺留分から控除させるべきではなかった。その結果彼は常に普通遺留分を減額されることなく取得した⁽⁵⁾。

〔事例4〕（旧法時の贈与の算入）死者に一人の息子と一人の娘がいた。被相続人の純財産は100ユーロである。被相続人は娘に70ユーロの財産を、第三者に50ユーロの財産を贈与した。普通遺留分は四分の一の25ユーロである。贈与遺留分は $120 \times \frac{1}{4} = 30$ ユーロである。息子は普通遺留分と贈与遺留分の合計55ユーロを取得する。娘は普通遺留分25ユーロを取得するが、贈与遺留分は0（ $30 - 70$ ）である。（指定）相続人には20ユーロが残される⁽⁶⁾。

新787条により規定された計算方式によれば、加算により贈与は遺産に計算上加算されうる（787条1項）。したがって純遺産およびすべての贈与の合計額のみが生じうる。次いでこの贈与が加えられた遺産から遺留分が算定される。贈与を受けた遺留分権利者の場合は、彼の贈与がこのかような方法で求められた遺留分（増加した遺留分）から控除されることにより算定される（787条2項）。それは、贈与を受けた遺留分権者に普通遺留分が残るのではなく、贈与が増加した遺留分をカバーする場合、彼がそれをもはや取得しないことを意味する。したがって新787条により贈与のために述べられた経過は、旧法により前払いおよびあらかじめ受領の場合に選択されるべき経過に一致する。した

がって贈与は前払いとして扱われる⁽⁷⁾。

[事例5] (新法における状況) (算入の許可なき贈与の算入) 事例1の事実関係を前提に、純粋な遺産は100ユーロ。娘への贈与は70ユーロ。第三者への贈与50ユーロ。計算の基礎は220ユーロ。息子は遺留分4分の1 $\times 220 = 55$ ユーロ。娘は遺留分4分の1 $\times 220 - 70 = -15$ で0。(指定)相続人は45ユーロを相続する⁽⁸⁾。

(ロ) 新規定の議論

結果的に新規定による算入は相続人に有利になることが示される。法定相続人と並んで遺言上の(相続契約上の)相続人もまたそうなのだから、その新しい法状態は被相続人(死者)の遺言自由を拡大する。算入を免除する被相続人の可能性により(785条)彼は総体的に大きな自由処分の余地を有する。贈与の遺留分の前払いとしての扱いにより立法者は明らかに被相続人の推定上の意思を助けて実現を得させようとしている。その際に新規定は被相続人が遺留分権者(ないしその子)を平等に扱おうとすることから出発する。したがって立法者は、被相続人が受贈者にもはや遺留分としてではなく、より早くのみ出捐しようとすることを認める。すなわち新法は被相続人が出捐により単に遺留分に相当する前払いを給付しようとするかと推定する⁽⁹⁾。

クレテチカによれば、立法者のこの承認は正当である。はなはだしい用語の混乱に導く立法技術は批判されるべきである。新法はすべての贈与を前払いとして扱う。しかし前払いはその前払いが贈与であることによって始めてかようなものになる(新781条2項2号)。立法者の目的は以下の定式化によりはるかに簡単に到達されうる:「すべての被相続人の無償の出捐は、彼が異なった終意処分をなさず、または受領者と文書で合意しない限り、遺留分に相当する前払いである。」それによって算入の免除およびその方式もまた把握されるであろう。したがって所与の繰り返し現れるルールを定める必要はないであろう⁽¹⁰⁾。

もはや二つの遺産を構成するのではなく、遺留分が贈与によって増加する遺産から算定されることは一見したところ算入を簡単なものにする。しかし実際上そうではないことは算入の免除の扱いによって示される。すなわちそこではすべての贈与を受けた遺留分権者のために固有の計算の基礎が求められうる⁽¹¹⁾。

(3) 贈与と同視される出捐

(イ) 死因贈与（781条1項）

旧法に関する通説によれば、被相続人が生きている間の死因贈与は契約として、またその後は遺贈として扱われた。この見解は司法省草案でもなお見出される。すでに従来法によればこの見解は納得させるものではない。すなわちそれにはすでに贈与契約の締結により遺留分権のない者への贈与の場合2年の期間が進行を開始することの承認が基礎となる。これに反して私的財団法において最高裁により承認された財産犠牲説に従えば、贈与および遺贈に基づくかようなハイブリッドな形象の承認はもともとなくてもよい。2015年改正法は財産犠牲説を強調するから、今や死因贈与が相続開始後も契約と扱われることが歓迎されうる（603条）⁽¹²⁾。

これに関して法律委員会において変更された新780条および新781条は、それから正当にも死因贈与が生存者間贈与と同視されるという結論を導く（クレテチカ）。受贈者の請求権は消極財産として財産目録に記載され、死因贈与された財産価値は加算される。この経過は贈与された物が常に借り方に記入され、受贈者の請求権が消極財産に加えられた従来の実務の変更である。今や加算は請求に基づいてのみなされる。抽象的に遺留分権のない者への贈与の場合、遺留分権者により加算が要求されうる（782条1項）。抽象的な遺留分権者への贈与の場合他の遺留分権者と並んで相続人（783条1項）および拋出義務のある受遺者もまた（新783条2項）加算および算入を請求しうる⁽¹³⁾。

今やこれは事態を不必要に複雑化するのみだといえる。政府草案によると死因贈与は終意処分のように扱われる。それが同様に遺留分に算入されうるからである。この方法でいずれにしても遺産の中に存在する物の請求の必要な加算をしなくても済む。しかしその結果は相当な申し出である場合いずれにしても同じことになる。その場合責任に関する法律委員会の新规定が多くの変更を惹起したことを看過するであろう。すなわち死因贈与の受贈者が受遺者と同視されるとすれば、彼は旧法に関する通説と同様割合に応じて相続人および受遺者とともに新764条2項に従って遺留分の填補義務を負う。この旧783条を内容上の変更なしに代替するルールは、受遺者の実体上の拋出義務を規定する。これらの者が相続人と同様に、被相続人が遺留分権利者に遺留分を完全にでなく出捐した場合、常に遺留分の補填義務を負わねばならないからである。受遺

者は残りの遺産が遺留分をカバーする場合でも、減額される。死因贈与と他の贈与との同一取扱いは、遺産が十分でない、すなわち受遺者と相続人の資金不足にもかかわらず遺留分が遺産から全く出捐されえない場合にも、受贈者が新789条以下により責任を負うことを意味する。これは少数説により既に指摘されたように十分に理由がある。それにより死因贈与の受贈者が受遺者とは異なり被相続人によりもはや取り上げられない請求権を有し、それゆえまず受遺者が次いで受贈者が遺留分につき責任を負うという事実が考慮されるからである⁽¹⁴⁾。

(ロ) 持参金 (781条2項1号)

従来のように持参金が加算および算入される。旧法では算入が持参金が存在することを前提とするかどうかが議論された。持参金の通常を超えた部分は正当な見解によれば贈与として扱われた。新しい法状況によれば、この問題は加算および算入に関して持参金と贈与がこれに関して同様に扱われるがゆえに、もはや立てられない⁽¹⁵⁾。

しかし不十分な遺産による責任の場合は、2015年の改正後も持参金と贈与が区別されるべきである。これは持参金に対して新1220条に基づいて請求権を有した限りにおいて (789条1項)、持参金を取得した子は責任を負わないためである。そのことは、持参金として与えられたものはその子がそれに対して請求権を有したかどうかとは無関係に、どの場合でも加算および算入されるべきであるが、遺産が遺留分の補填に不十分であるときは、その子は減額された遺留分権者に法律上義務を負う持参金を超えた出捐の部分についてのみ責任を負うことを意味する⁽¹⁶⁾。

持参金請求権が婚姻の締結およびパートナー契約の締結に際してのみ生じるヨーロッパ人権条約 (MRK) 8条⁽¹⁷⁾に関する法政策的批判および疑問は、算入に関してもまたもたらされうる。事実上婚姻に際して持参金を得る子が同額を内縁関係に入るときに得る他の子よりよく扱われることは時機に合わないように思えるかもしれない。もちろん相続法が総体的に内縁関係にある者を配偶者 (登録パートナー) と同様に扱わないことは疑わしい。新法では内縁配偶者は非正規の相続権を有し、それによって彼らは受遺者の権利に優先する (新748条以下)。しかし配偶者 (登録パートナー) との相続法上の同視はそれによって実現しない。この区別が被相続人のパートナーに関して受け入れられる限り、遺留分権者のパートナー関係の異なった扱いは同様に非難しえない⁽¹⁸⁾。

その規定がその持参金請求権を主張しなかった子を不利に扱うことは満足させるものではない（クレテチカ）。この子が例えば婚姻締結前に贈与を得たという理由で持参金を請求しなかった場合、それは持参金を取得したその兄弟が不十分な遺産の場合に責任を負うのとは違っている。通例かような不平等取り扱いには被相続人の意思に適合していない。したがってクレテチカによれば、責任の免除を持参金の代わりに贈与を取得した子に類推適用することが考慮される。その際に贈与またはその他の先給付が償還請求権に算入されるべきでないと考えられうるが、それが子の必要を填補する限りで持参金請求権を減額する。この場合考えられる類推はすべての婚姻した（パートナー関係になった）子にとって持参金の額の範囲で一種の出捐のための自由処分額が創設され、それを超えるまで新789条以下に基づく責任は生じないことに導くであろう⁽¹⁹⁾。

[事例6] 純遺産40ユーロ。娘への持参金60ユーロ。第三者への贈与120ユーロ。計算の基礎220ユーロ。息子の遺留分は $220 \times \frac{1}{4} = 55$ ユーロである。娘の遺留分は $220 \times \frac{1}{4} - 60 = 0$ 。(指定)相続人には何も残らない。息子の遺留分の一部(40ユーロ)は支払われる。遺産はそれより15ユーロ少ない。息子は娘が持参金について負担しないから娘に何も請求しえない。第三者は15ユーロ負担し、彼には105ユーロ残るだけとなる⁽²⁰⁾。

(ハ) 前払い(781条2項2号)

すべての無償の出捐が前払いと理解されうるのだから、資料が前払いについては算入が明示的に合意されたことは問題にならないと述べているのは首尾一貫している。政府草案の解説はこの場合明示的な合意は必要でないとのみ言っている。しかしそれによって合意が必要でないとのみ言われている。一方では旧法によれば、前払いの算入を決定的に合意することが可能である。他方では前払いのために(決定的な)前払いの合意を請求することは全く無意味であろう。いずれにせよすべての贈与が前払いとして扱われうるのだから、本来の前払いのためにかような約定は同様に問題となりえない。しかしその場合どのようにしてかような前払いが算入の合意なしになお、新法によればいずれにせよ前払いとして扱われうる単なる贈与と区別されうるのか問題になる。このことは贈与と前払いの区別を困難にするだけでなく、前払いという出捐のカテゴリーがその意味を完全に失う⁽²¹⁾。

贈与と前払いの区別がもはや正当性を有しないことは、法律効果においても

また示される。従来は過度の前払いは贈与とは扱われず、贈与遺留分を減額しなかった。さらに前払いは、純遺産が遺留分の補填に不十分なときでも、返還請求されるべきでなかった。これに対して新法では前払いは贈与と完全に同視されるのだから、遺留分に対して前払いを取得した遺留分権者もまた、新789条によって不十分な遺産の場合責任を負う。すなわちこのルールは持参金についてのみ例外を規定した。遺産が遺留分補填に不十分なときは、責任は新781条にいう出捐のすべての他の受領者の負担となる⁽²²⁾。

(二) 相続—または遺留分の放棄のための示談 (781条2項3号)

算入義務ある項目に相続—または遺留分放棄のための示談額が列挙されることは、いずれにせよ示談と引き換えの遺留分の放棄が、通説および判例⁽²³⁾により有償の法律行為とみなされるがゆえに驚かせうるであろう。しかし有償の出捐は旧法でも新法でも贈与ではない。政府草案の解説は、相続—および（または）遺留分の放棄は通例、放棄者の相続—および遺留分の権利に事前に対応することに役立つ、それゆえにいずれにせよ相続法上の観察に際して有償の行為とは把握されえないと述べる⁽²⁴⁾。

すでに旧法によれば、贈与と遺留分の放棄の結合に際しての権利濫用に関する判例⁽²⁵⁾はこの見解に適合する。周知のように判例は、かような結合の場合、特別の事情のもとに放棄者に旧785条の2年の期間を享受させるという目的が追求される権利濫用的構成から出発した。この判例は黙示に、かような示談においては贈与すなわち無償の出捐が問題になることを前提とした。すなわち有償の出捐は無期限でも期限付きでもなく、算入されえない。したがって旧法に関する判例も、他の関係におけるとは異なり、遺留分への算入に際して遺留分放棄のための示談は贈与と性質づけられうることから出発した。無償の法律行為への整序に関する場合以外は、この判例法は新法のためにもはや意味を有さない。すなわち法律は、従来の通説とは異なり、出捐の時期においても、帰属の時期においても具体的な遺留分権を要求しない（新782条、新792条）（遺留分権利者の範疇）⁽²⁶⁾。その結果、具体的には放棄のために遺留分請求権を有しない抽象的な遺留分権者への贈与もまた、期限のない算入および責任に導く⁽²⁷⁾。

権利の領域に従って異なる有償および無償行為への整序がこれまで納得させるものであったかどうかはペンディングのままにされうる。新法によれば無償行為としての性質づけが正当である（クレテチカ）。示談のための反対給付と

して、放棄の表示により実現した遺言自由の拡大のみがみられうる。しかしこれは新法によれば、すべての出捐は放棄とは全く独立に遺留分への前払いとみられ、かつ算入されうるがゆえに必要でない。ここで言われていることは、出捐が厳密に受領者の遺留分に一致することを観念することによって最も容易に観察されうる。この場合受領者は新しい贈与の算入に基づき遺留分請求権をもはや有しない。彼が遺留分を放棄したかどうかは結果的にいかなる役割も演じない。すなわち被相続人の遺言の自由は遺留分権利者の放棄とは全く無関係に拡大した。それゆえに示談と放棄は交換関係にあるとみられえない。しかし示談額が放棄により消失した遺留分より小さく、かつそれにより行為の有償性を基礎づけうる場合でも、新781条2項3号の明確な指示に基づいて示談額が加算により遺産に加えられうる⁽²⁸⁾。

遺留分放棄のための示談は、この場合に加算が問題になる限りで特別の立場を取得するのであり、算入が問題になる場合はこの限りでない。これは放棄者が、示談が算入されうる遺留分請求権を有しないためである。立法者が相続一および（または）遺留分の放棄の他の遺留分権利者への影響を規定しようとするにもかかわらず、それは一部しか成功していない。新760条1項によれば、遺留分放棄または相続の放棄は他の遺留分権者の遺留分割合を増加しない。これに反して、抽象的な遺留分権者（子孫、配偶者、登録パートナー）に他の理由からいかなる遺留分も帰属しないときは、他の遺留分権者の持ち分は増加する（760条2項）。包括的な相続一および遺留分の放棄がどのような作用を有するかは問題である。新760条1項は遺留分の放棄および相続放棄のみに言及し、相続分一および遺留分放棄には言及していない。しかし旧法に関する通説によれば、相続分一および遺留分の放棄は、純粋な遺留分—または純粋な相続放棄とは異なり持分の移動を惹起する。この見解は法定相続人の相続放棄により他の法定相続人の相続分が増加し、遺留分請求権が法定相続分の半分を形成するという考えが基礎になっている（759条）。不明確な法律規定にもかかわらず、資料は、相続分および遺留分の包括的な放棄もまた遺留分の移動には導かないという観点に立っている。特に新781条2項3号に規定された示談額の加算を考慮してこの見解に従われうる⁽²⁹⁾。

[事例7]（相続分一および遺留分放棄のための示談）純遺産100ユーロ。娘への示談金70ユーロ。第三者への贈与50ユーロ。計算の基礎220ユーロ。息子の

遺留分 220×4 分の $1 = 55$ ユーロ。娘の遺留分は放棄されている。(指定)相続人は45ユーロが残される⁽³⁰⁾。

(※) 私的財団 (781条2項4号, 5号)

私的財団への財産の拠出(4号)およびかような私的財団の受益者としての地位の許容(5号)に関する算入規定は全く新規である。私的財団への財産の拠出が贈与として算入法上扱われることは、従来の法に関する通説に一致する。本来の意味の贈与契約は存しないから、契約は問題とならないが、贈与の算入に関する規定は類推適用されうる。この財産の私的団体への拠出が贈与と扱われうるということが明示的に指示されている新781条2項4号によってこの類推は不要なものとなる。しかし内容的な変更をこれは帰結しない⁽³¹⁾。

私的財団は依然として2年の期間が適用される遺留分権のない者に数えられるのだから(新782条1項および新792条)、どのような前提のもとでこの期間がすでに財産の拠出とともに進行を開始するかという最も議論された問題の法的な解明が期待されるであろう。周知のようにこの場合議論は様々である。有力説によれば、財団の宣言の作成とは無関係にすでに設立者の事実上の影響可能性が期間の進行の開始を妨げるが、通説は、財団の宣言内容が決定的だとした。クレテチカによれば、拠出者が撤回を留保しなかった場合は、贈与がなされた(旧785条3項, 新782条1項)、すなわち財産の犠牲がもたらされたとみられる。他の有力説は、他のルール(変更権または指示権)を考える。判例は、拠出者が彼によって決定された事例で撤回も、包括的な変更権も留保し、ほとんどすべての学者によれば期間の開始が否定されるがゆえに、これまで確定する必要がなかった⁽³²⁾。

残念ながら起草者はこの問題に答えなかった。政府草案の解説は、まず第一に撤回の留保を強調し、次いで私的財団の場合、撤回と並んで取り戻しのために行使されうる拠出者の他の権利に言及する。さらにその他の包括的な変更の留保が撤回の留保と同視される私的財団もまた議論されている。すべてのこれらの箇所を観察すると、起草者は明らかに撤回と同視しうる変更権を考慮していたようにみえる。しかし撤回と変更が厳格に分離されるべきこと、すなわち撤回に類似した変更権が存在しえないことは、すでにオーストリア私的財団法(PSG)⁽³³⁾33条以下から生じる。それによれば財団法人は変更を留保しうるが、撤回を留保しえない。したがって撤回に類似した変更権は許容されない⁽³⁴⁾。他

の変更権の留保もまた財産の犠牲を妨げるという見解をとる場合は、限界がどこに引かれるのかという大きな法的不安定と結びついた問題が立てられる。その場合実務上無制限の変更権条項がもはや存在しえないことが期待される。しかしそれによって2年の期間によって以前から追及される明確さが再び消滅し、拠出者の死後法廷での遺産分割が原則になるであろう。依然として拠出者は、彼が撤回を留保する場合にのみ最終的に彼の財産を最終的に処分していないことがあてはまる。これは私的財団にとっても統一的で二義を許さずかつ容易に確定しうる標識のある他の贈与と同様にあてはまる⁽³⁵⁾。

政府草案の解説は、受益者の地位に関して、一方では私的財団への贈与として、他方では受益者への従来のかつ将来期待されるべき配当の価値をも包含する受益者の地位の許容としての二重の観察を区別することを述べる。おそらくそれによって、財団への財産の寄与が2年間の経過のためにもはや加算に服しない場合にのみ、受益者の地位が加算および算入に導くことが意図されているというのかもしれない。しかし確かにそれはありえない。財産の拠出の加算は、例えば唯一の遺留分権利者としての受益者が新782条の唯一の申し立て権利者であり、かつ相続人が新783条により受益者への配当の算入を請求するという理由でもまたなされえない。財産の拠出または受益者の地位を考慮しようとしたかどうか他の遺留分権者の任意に委ねられていることも考えられよう。すでにそれはこの規定がまだ若干の議論に機会を与えることを示している⁽³⁶⁾。

政府草案の解説によれば、受益者としての遺留分権利者が相続財産の帰属までに取得したすべての配当もまた加算および算入される。それに際してこの見解が、従来と同様被相続人が収入から元本を減らすことなく出捐した贈与が排除される、新784条の規定とどのような関係にあるか不明確であるように思われる。消尽する財団が問題とならない場合は、クレテチカによればこれは価値矛盾であろう：この場合被相続人自身による贈与が加算および算入から除外されるとすれば、いわば被相続人の代わりに立ち現れる財団がもたらした出捐のために異なったことは当てはまりえない⁽³⁷⁾。

すでにこの短い記述が、私的財団の遺留分法上の扱いに関する議論が新法にも引き継がれたことを明らかにする。政府草案の解説における記述に関してこの関係において注意が要求される。資料は、私的財団の配当は、それ以外に配当が遺留分権の迂回に資する場合に算入義務を負うと述べている。これは個々

の場合に迂回が存在するかどうかを検討すべきだといっているようにみえる。それによって従来の贈与の算入の概念が粗上に上せられる。すなわち旧785条3項の基礎には抽象的な迂回の疑念がある。それによれば算入のために具体的な迂回の立証も必要ないし、逆に具体的にいかなる迂回も存在しないという立証も算入を排除しない。この個々の事例から導かれる類型的な観察は法的安定性を創り出し、紛争回避の効果を生じる。それゆえに2015年改正法はそれに固執することにした⁽³⁸⁾。

(ハ) 無償の法律行為に類似した他の給付 (781条2項6号)

新781条6号は、技術的意味における贈与とはみられないが、経済的観察方法によれば出捐受領者に一方的に利益を与える、無償の財産の移動のための受け皿を包含する。それには例えば、社員契約における一方的に利益を与える相続規定などが数えられる。それによって特に、人的会社の社員契約における相続一、加入—または増加条項が意図されている。これは、有限責任会社法76条1項に従う場合とは異なり、人的会社の持ち分が遺産に属するのではなく、存在する社員に法律上当然に帰属することに導く⁽³⁹⁾。したがって財産目録には持ち分ではなく、発生した遺産分割請求権が記載される⁽⁴⁰⁾。6号は、通説が例えば相続条項のような個々の規定が個々の社員に利益を与える場合でも、全体の社員契約を有償契約と性質付ける傾向にあることに由来しうる⁽⁴¹⁾。しかし判例は同時に、かような条項により遺留分請求権が減額されえないことを強調する⁽⁴²⁾。有償行為としての判断と遺留分請求権の保護との間のこの緊張関係を2015年改正法は、そのほか新781条において問題になる無償行為のカテゴリーを克服し、かつその経済的な内容に従って生存者間の無償の法律行為と同視される給付を包含することにより解決しようとする。しかしその規定は上記の判例の背景のもとでみられるべきである⁽⁴³⁾。

それによりすべての加入条項が贈与の算入に導かれるとはいえないという指摘が重要なように思われる(クレテチカ)。政府草案の解説は単に一方的に利益を与える相続規定が問題になることを強調する(クレテチカ)。限界がどこに引かれるべきかの判断を起草者は、これが立法の平面で意味があるようにはなされえないという理由で実務に委ねた。シャウアーはすでに旧法につき、クレテチカによれば、将来も方向づけの助けを提供しうる事例を挙げた⁽⁴⁴⁾。いかなる遺産分割請求権も増加と矛盾せず、または僅かな遺産分割請求権のみが増

加と矛盾する場合は、その判断は決定的に機会の交換関係に依存する。従前から観察して生存者の持ち分を取得する機会が小さく、その結果相続条項が（混合）贈与とみなされうかどうかの問題になる⁽⁴⁵⁾。

6号の適用可能性は相続条項に制限されるのではなく、他の一方的に利益を与える（したがって実際上はいずれにせよ無償の）出捐についてもまた関与させられうる。政府草案の理由書はこの関係において外国の財団または類似した団体への出捐に言及する。これらと並んで、生存者が合意後唯一の口座保持者となるがゆえに、一人の口座所持者の死亡後財産が他人に帰した共同口座でも考えうる。共同口座においても機会の交換関係は決定的な標識である⁽⁴⁶⁾。

(4) 加算および算入の例外

(イ) 元本の減少のない場合、共同利益目的、倫理的義務、儀礼（784条）

新784条は、被相続人が収益から元本の減少なく共同利益のために、倫理上の義務に一致してまたは儀礼としてなした贈与のための旧785条3項をほとんど文字通り採用した。この例外に関して明らかに法状況のいかなる変更も意図されていない。しかし加算および算入は、これを被相続人および受贈者が合意する場合に発生するのでなければならぬというルールは新しい。上記の例外はいかなる変更でもないから、これに関する記述は余計であることを認めることができよう。しかしこの規定は、古くから認められたようにみえるものの、受継に同様に問題がありうることを示す。倫理的な義務に基づく贈与は新法に受け継がれるべきではないであろう⁽⁴⁷⁾。

一方では形容矛盾（contradiction in adiecto）を意味する倫理的義務は、それが法秩序ではなくほとんど客観化しえない倫理観念と結びついているがゆえに、法的にほとんど把握しえない。この者がすべての方法論的に手中にある手段を使って理由づけられる法に従って義務を負わないが、超法規的な標準に従って給付受領者に帰すべき被相続人の給付が問題になる。判例は倫理の命令に根差した贈与者（被相続人）の義務があるかどうかを問題とする⁽⁴⁸⁾。それがいかなる超法規的な標準であるか、正邪に関するいかなる（専門的な）道徳律ないし倫理が見い出されるかは、この場合問題とはされない。良家父という形象および当該取引領域の誠実なかつ法的に拘束力のある構成員の観察への企図⁽⁴⁹⁾はこの場合もはや役に立たない⁽⁵⁰⁾。

関係する標準を確定することの困難よりもっと困難なのは、憲法上の考察である。この場合普通の立法者は憲法の法源の体系外の法源を問題とする。良俗の場合、単に明示的に確定されていないが、法秩序から導かれる規範の参照が問題になり、そのため超法規的でないという879条に関する通説はこの場合役に立ちえない。したがってこの法律内部の基準は、法的義務が問題になるのではなく、倫理的な義務が問題になるから、新784条において除外される。このすでに旧法に対して述べられた論拠には、改正から生じる異議が付加される。判例⁽⁵¹⁾は、クレテチカによれば正当にも、倫理的義務に関する判決は主に非定型的な介護給付に関わると指摘する。これらの事例のために2015年改正法は介護遺贈(677条以下)を規定した。したがって憲法上疑義のある、まったく古い倫理上の義務に立ち返ることは、その主たる適用事例がいずれにせよ介護遺贈に含まれるがゆえに全く必要ではないといえよう⁽⁵²⁾。

かように我々は、加算および算入から排除される出捐が、被相続人および受贈者がこれを合意した場合に(のみ)加算および算入されうるとする、新784条の本来の改正に逢着する。それから第一に、例外が任意的である、すなわち当事者の合意に従うことが導かれる。しかし第二にそれから、被相続人による加算および算入の一方的指示では不十分なことが生じる。これは元本の減少なしの贈与についてすでに奇妙であるように思わせる。被相続人が定義にあってこれらの給付の義務を負わないのだから、どうして彼がかような出捐を前払いに関わるものとして説明することが許されないのかわからない。これは法が他の贈与の場合、今や前払いの性質を推測するがゆえになおさらである。政府草案の解説が言うのとは異なり、より小さな贈与のみが問題になることはないのだから、算入権のために中心的な平等取り扱いの観点のもとで一方的な拠出がかような出捐のための前払いとして許容されることになろう。倫理的な義務に基づく贈与の場合物事はなお若干混乱している。すなわちその場合倫理的義務の存在にもかかわらず、証明された程度にまたは説明された程度にすら他の動機からなした、被相続人の給付もまたそれに属するかどうかという問題が立てられる。これが否定されるべきだとすれば、倫理的義務と贈与に基づく関係はもっぱら贈与者の意図から生じることになる。その場合贈与者は、加算および算入を相当な合意なしにも容易に彼がその真実の動機を開示することによって実現しうる。逆に倫理的義務が存在する場合は常に、いかなる目的でな

されるものであれ、すべての出捐がこの義務の履行とみなされるならば、それに法の意図に反してなんらかの義務を認めることになる。倫理的義務は履行されるに及ばないが、被相続人は、いかなる通常の贈与もはやなすことができないう限りにおいて拘束されることになる⁽⁵³⁾。

贈与契約の当事者が加算のみもまた合意しうるかどうかもまた明らかとはいえないが、算入に関しては法定の除外にとどめる。被相続人はそれ自体算入されるべき給付の場合ですら算入を一方的に許容しうのだから（785条）、これは大なるものから小なるものへの推論に基づいて肯定されう。新784条の適用を受ける出捐のために加算および算入のみを合意することもまた可能であるが、新789条以下の責任を合意することはできない。これは法定の例外と比較してなお不足があることを表す。責任はその他加算および算入を前提するにもかかわらず（789条1項1文）、同じ考えに基づいて責任に制限される例外の侵犯もまた合意されう⁽⁵⁴⁾。

（ロ） 算入の免除（785条）

すでに頭書に述べられたように2015年改正法はすべての無償の出捐を贈与としての表示にもかかわらず実際は前払いと性質付ける。従来理解によればその贈与は算入の免除つきの贈与に一致している（785条）。同様にすでに言及されたように従来からあらかじめの受領と一方では前払いとの、他方では贈与との二分法は、一方では贈与との、他方では算入の免除のもとでの贈与との二分法に置き換えられた。概念の混乱の軽減のために前払い贈与（Vorschuss-Schenkung）と呼び、これを算入を免除された贈与（befreite Schenkung）と対置させるのがよい⁽⁵⁵⁾。

算入を免除された贈与は旧法の贈与に近いが、算入においてこれとは異なつて処理される。既述のように受贈者には従来法によれば、純粋な遺産から算出されうる普通遺留分が帰属した。贈与は総ての贈与の金額から算定されるべき贈与遺留分からのみ控除された（上記「事例4」）。これに対して算入が免除される贈与の場合算入が免除された受贈者の遺留分の計算に際して、遺産に関わる他の者へのすべての（算入が免除された）贈与が加算されるべきである。単にその遺留分が算入される遺留分権利者への算入が免除された贈与が加算されうるのではない⁽⁵⁶⁾。

〔事例8〕（算入免除のもとでの贈与の算入）純遺産 100ユーロ。娘への贈与

70ユーロ。第三者への贈与 50ユーロ。計算基礎 220ユーロ。息子の遺留分 220×4 分の $1 = 55$ ユーロ。娘の遺留分 $(220 - 70) \times 4$ 分の $1 = 37.5$ ユーロ。遺留分の計算に際して贈与は加算されない。(指定) 相続人には $100 - 55 - 37.5 = 7.5$ ユーロが残される⁽⁵⁷⁾。

複数の算入の免除を受ける贈与がある場合、すべての免除を受ける贈与を受けた遺留分権者のために固有の計算の基礎が関与する。免除は算入のみを包含し、加算(新787条2項)または責任(新789条以下)を包含しない。これはすでに新785条から生じるが、さもなければ他の遺留分権者が損害を受けうることに基づく⁽⁵⁸⁾。

法文は、被相続人が算入を法律に規定された方法でのみ許容しようという印象を与える。しかしクレテチカによれば、被相続人にこの場合ある変異の可能性が帰することに対して反論する者はいない。これを肯定する場合には、被相続人は例えばこのような方法で従来の贈与の算入もまた指示する。実際上のその必要性は、算入の規定が2015年改正法施行前になされた贈与のためにもまた適用されること(1503条7項1号, 2号)から生じうる。例えば被相続人がこの贈与に際して古い算入を考慮に入れた場合、彼はそれをこのような方法で先になされた贈与またはすべての贈与のためにもまた指示する⁽⁵⁹⁾。

算入の免除は終意処分または受贈者との合意によりなされうる。かような契約が有効となるためには文書の方式が必要となる。興味あることにこの契約の解消のために、遺留分放棄のために必要な方式(公証人の行為, 裁判所の記録(新551条))が遵守されるべきである。これは、免責合意の解消によっていずれにせよすでに法律上当然に適用されている制度のみが、すなわち前払い贈与としての算入が関与するがゆえに、行き過ぎであるようにみえる。これは遺留分の放棄とは比べられない。むしろ反対行為による任意規定の回復が軽減された条件のもとで可能なことが期待されよう。旧法に関する通説によれば、遺留分放棄の取消は無方式で可能であり、改正後もまたそのためには文書の形式で十分である(551条1項)⁽⁶⁰⁾。

(5) 受贈者の責任(789条以下)

新789条以下は旧951条以下の代わりである。法はもはや贈与物の引渡しについて述べず、減少させられた遺留分権者に、贈与物に関するその他の責任の場

合に欠損額の支払請求権を与える（789条1項，3項）。それによってその規定は従来の法に適合するが，これを旧951条以下よりもはるかにはっきりと表現する。受贈者の責任は，遺留分の決定に際して贈与が加算または算入され，かつ遺産が遺留分の補填に十分でない場合に関与する（789条1項）。「加算または算入される」という定式とともに，算入が許容された場合にもまた責任が生じることが表現される。算入されるが，加算されないという逆の事例は，クレテチカによれば存しない。持参金は新781条の意味における唯一の贈与として責任を免れる（789条1項2文）⁽⁶¹⁾。

改正は複数の受贈者の責任に関する規定を置いた（789条2項）。より早い受贈者が一種の結果責任のみを負う旧951条3項の規定は，しばしば偶然な贈与の順序およびこの規定と結びついた問題のために，実務上は正当にも拒絶された。新789条2項によれば，従来の同時贈与のような場合すべての受贈者は割合的に責任を負う⁽⁶²⁾。

[事例9]（算入の免除なき贈与の算入；遺産が不十分な場合）純遺産 40ユーロ。娘への贈与 120ユーロ。第三者への贈与 60ユーロ。計算の基礎 220ユーロ。息子の遺留分 $220 \times \frac{1}{4} = 55$ ユーロ。娘の遺留分 $220 \times \frac{1}{4} = 55$ 。 $55 - 120 = -65 : 0$ （指定）相続人にはなにも残されない。息子の遺留分のうち40ユーロは純遺産から支払われる。残りの15ユーロのうち，10ユーロを息子は娘に対して，5ユーロは第三者に対して請求しうる⁽⁶³⁾。

算入が免除され，遺産が遺留分の補填に不十分なときは，少なすぎる遺産が減額された遺留分権者と責任を負う遺留分権者の間でどのように分担されるべきかという法律上明示的に解決されていない問題が生じる。これは以下の事例で示される。

[事例10]（算入の免除のもとでの贈与の算入；遺産が不十分な場合）純遺産 100ユーロ。娘への贈与 120ユーロ。第三者への贈与 60ユーロ。計算の基礎 280ユーロ。息子の遺留分 $280 \times \frac{1}{4} = 70$ ユーロ。娘の遺留分 $(280 - 120) \times \frac{1}{4} = 40$ ユーロ。（指定）相続人には何も残されない。遺留分の総計は110ユーロである。遺産は10ユーロ少ない。

遺産の分割と責任を完全に区別する場合には，算入から免れた娘はその遺留分を40ユーロの額において遺産から取得し，息子は割合的な責任に基づいて娘から6.7ユーロを，第三者から3.3ユーロを請求すべきである。この解決は，娘

が支払い能力がある限度で問題はない。娘に支払い能力がない場合は、結果的に息子に帰する部分は娘の無資力に帰する。遺産がその填補に十分であるとしても、彼の遺留分は減少する。この不公平な結論を避けるために、クレテチカによれば、娘の遺留分請求権はもともとその責任割合につき減額すべきである。したがって例えば、息子は66.7ユーロを、娘は単に33.3 (40-6.7) ユーロを遺産から取得する。第三者に対して息子は残りの3.3ユーロを請求するのでなければならぬ⁽⁶⁴⁾。

受贈者とその物をもはや所持しておらず、かつ彼のもとにその価値もまたもはや存在しない事例のために、新790条1項に規定された責任は、旧952条の責任と一致している。それは受贈者の不誠実の場合にのみ関与し、受贈者はその場合物の価値の額において責任を負う。新766条以下の猶予の可能性は受贈者の責任についても当てはまる (790条2項)⁽⁶⁵⁾。

新791条 (旧951条2項) により法は、受贈者とその責任により彼に贈与なしに帰する遺留分よりも少なくなく取得することを請け合う。その責任により受贈者は贈与のない場合よりも不利な立場に置かれるべきではない。これは前払い贈与の場合にのみ生じ、算入の免除された贈与の場合は生じえない。算入の免除される贈与の場合、この状況は仮定的な遺留分の計算に際してのみ出現する⁽⁶⁶⁾。

[事例11] (791条1項の責任制限) 純遺産 20ユーロ。娘への贈与 100ユーロ。第三者への贈与 300ユーロ。計算の基礎 420ユーロ。息子の遺留分 $420 \times \frac{1}{4} = 105$ ユーロ。娘の遺留分額 $420 \times \frac{1}{4} - 100 = 5$ ユーロ。娘の責任 30ユーロ。 $105 - 30 = 75$ ユーロ：娘が実際に取得すべき額。

息子は遺産から遺留分の一部15ユーロを取得する。娘は遺産から5ユーロを取得する。彼女は、それによって贈与がなければ彼女に帰したであろう遺留分 (105ユーロ) を取得する。彼女の責任 (30ユーロ) により彼女は贈与なしの遺留分 (105ユーロ) よりも少ない額を受け取ることになる。これを791条1項は避ける。したがって娘は責任を負わず、第三者が欠けた90 (105-15) ユーロを息子に対して負担する⁽⁶⁷⁾。

新791条2項は新規定である。この規定は、早い死亡、放棄のために遺留分がない、抽象的な遺留分権者 (その相続人) もまた、その責任により仮定的な遺留分より少なく取得しえないと規定する。新791条2項2文の指示、すなわ

ち仮定的な遺留分の計算に際してその責任者への贈与は、算入が許容される場合にも加算されうるといふ指示は、具体的な遺留分権の欠缺の場合、持ち戻しが免除される贈与においても遺留分を下回ることもありうるがゆえに意味がある。仮定的な遺留分が受贈者に贈与なくしても帰属する下限を形成する、すなわち贈与がこの場合遺産を越えないがゆえに、この比較計算のために贈与が新785条2文に反して算入の許容に際してもまた遺産に加算されうるとすることのみが首尾一貫している。この指示が新791条1項に見出されないことは、その論拠を、算入が免除される贈与の場合、算入が免除される受贈者に具体的に遺留分請求権が帰する場合に遺留分を下回る結果となりえないことに有する。既述のように遺留分権者（抽象的遺留分権者）の領域に数えられない者の責任もまた、これを相続開始前2年内に取得した贈与に制限される（792条）。この関係でも2015年改正法は「現実になされた」という言葉により財産犠牲説を強調する⁽⁶⁸⁾。

〈注〉

- (1) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 89 [Kletečka].
- (2) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 90 [Kletečka].
- (3) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 90 [Kletečka].
- (4) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 90 [Kletečka].
- (5) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 90-91 [Kletečka].
- (6) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 91 [Kretečka].
- (7) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 91 [Kretečka]; Barth/Pesendorfer (Hrsg.), a.a.O., S. 212 [Schauer].
- (8) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 92 [Kretečka].
- (9) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 92 [Kretečka].
- (10) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 92-93 [Kretečka].
- (11) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 93 [Kretečka].
- (12) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 93 [Kretečka].
- (13) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 93-94 [Kretečka].
- (14) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 94-95 [Kretečka].
- (15) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 95 [Kretečka].
- (16) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 95 [Kretečka].
- (17) ヨーロッパ人権条約8条（私的および家庭生活の顧慮への権利）「(1) 各人は、その私的および家庭生活、その住居およびその通信の顧慮への権利を有する。
(2) 官署は、この権利の行使においてその干渉が法律上規定されかつ民主主義的社

会において国家的または公的な安全, 国の経済的福祉, 秩序の維持, 可罰行為の防
あつ, 健康の維持または他の権利および自由の保護のために必要である限りにおい
てのみ干渉する。」

- (18) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 95 [Kretečka].
- (19) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 95-96 [Kretečka].
- (20) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 96 [Kretečka].
- (21) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 96-97 [Kretečka].
- (22) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 97 [Kretečka].
- (23) OGH 4 Ob 219/09y JBl 2010, 440 = NZ 2010/62.
- (24) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 97 [Kretečka].
- (25) OGH 9 Ob 47/13x EF-Z 2013, 276.
- (26) RV 688 BlgNR 25. GP 37.
- (27) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 97-98 [Kretečka].
- (28) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 98 [Kretečka].
- (29) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 98-99 [Kretečka].
- (30) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 99 [Kretečka].
- (31) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 99-100 [Kretečka].
- (32) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 100 [Kretečka].
- (33) Privatstiftungsgesetz BGBl 1993/694.
- (34) OGH 1 Ob 214/09s PSR 2010, 196.
- (35) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 100-101 [Kretečka].
- (36) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 101 [Kretečka].
- (37) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 101 [Kretečka].
- (38) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 101-102 [Kretečka].
- (39) OGH 10 Ob 34/97s GesRZ 1997, 106など。
- (40) OGH 1 Ob 280/97a RdW 1998, 136.
- (41) OGH 16. 3. 1966, 6 Ob 345/65など。
- (42) OGH 10 Ob 34/97s GesRZ 1997, 106.
- (43) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 102 [Kretečka].
- (44) Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, S. 1004 [Schauer].
- (45) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 102-103 [Kretečka].
- (46) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 103 [Kretečka].
- (47) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 103-104 [Kretečka].
- (48) OGH 2 Ob 14/12s iFamZ 2013/24.
- (49) OGH 2 Ob 14/12s iFamZ 2013, 24.
- (50) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 104 [Kretečka].
- (51) E2 Ob 14/12s (iFamZ 2013/24).
- (52) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 104 [Kretečka].

- 53) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 104–105 [Kretečka].
- 54) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 105 [Kretečka].
- 55) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 105–106 [Kretečka].
- 56) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 106 [Kretečka].
- 57) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 106 [Kretečka].
- 58) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 106 [Kretečka].
- 59) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 106–107 [Kretečka].
- 60) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 107 [Kretečka].
- 61) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 107 [Kretečka].
- 62) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 107 [Kretečka].
- 63) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 108 [Kretečka].
- 64) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 109 [Kretečka].
- 65) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 109 [Kretečka].
- 66) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 109 [Kretečka].
- 67) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 109 [Kretečka].
- 68) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 108 [Kretečka].

十一 算入の実行と説明請求権

(1) 算入の実行

算入の実行は特に考慮すべき出捐により決められ、この出捐がなされねばならない期間内に制限される。相続法改正は2つの要素に関わっており、結局最初の規定領域に関してのみ変更をもたらし、しかもあらかじめの受領と一方では前払いとの間の、他方では贈与との間の区別の除去がなされている。この区別の除去はすでに17年前にオーストリア公証人協会（ÖNK）のシンポジウムの枠内でそしてそれに引き続き刊行物で促進された。それが恣意的であり、素人にとって通例理解しがたいからである。この区別の代わりに出捐が（扶養のような）法的義務の履行においてまたは任意になされるかを問題とすることが提案された。この構想は原則的に実現した。もちろん持参金の単なる加算義務という例外がある。これに関して法的義務が存在するのだから、持参金が算入される場合には、体系の破綻となる。相続法はかくして家族法上正当化されたものを幾分後退させ、扶養のように算入されないものとした。両者（扶養および持参金）が必要性に依存するからである⁽¹⁾。

算入の実行の第二の側面（期間）が問題になる限り、贈与が遺留分権利者に

なされたか否かとは無関係に考慮されうるために、司法省草案はその期間内に贈与がなされねばならない10年間を規定した。この期間は政府草案が削除した。しかも代償もなく、解説もなしにである。それはこの期間が最も重要でかつ最も意味の大きい変更に属する限りにおいて驚くべきことである⁽²⁾。

期間は改革によって追及される遺言自由の拡大の趣旨において存在するものであろうが、多数の者により拒絶された。司法省草案は、特にその理由書もまた援用する法的安定性の理由からは不当であろう。他方、それはすでに17年前に強調されたように、規範的な時の力の観点のもとにその他の点でもまた、非常に長い期間の前に生じた出来事に沈黙という法的なマントを広げることであるがゆえに、正当である(ツァンクル)。それに対して遺留分権者に対する贈与の期限のない算入に関する従来の法状態によれば、第二次世界大戦中または被相続人の年齢によってはそれよりも前の時期に生じた出来事が問題にされえた。それは長期間経過後不可避免的に生じる立証—および評価の問題を考える場合に、法的安定性および不断に高まる生活の期待の視角のもとで問題とされる出来事である。それゆえにツァンクルはドイツおよびスイスの法状況に従ってドイツ法圏に最も近い法秩序のオーストリアにドイツ民法が定めたような10年の除斥期間を提案した⁽³⁾。

司法省草案により採用された期間に対して審理手続では、遺留分権者のもとで補填が、贈与が期間満了の直前になされたか、その直後になされたかという偶然な事情に依存し、その結果9年前の子への贈与は考慮されるが、11年前の他の子への贈与は考慮されない結果になるという異議が述べられた。かような異なった扱いは、特に法律効果が全く典型的に偶然的出来事に依存する相続法では珍しいことではない。例えば一家が交通事故に巻き込まれ、家族が相次いで死亡した場合の相続問題がそうである。具体的な算入法上の関係でもかような偶然的な事情が役割を果たす。子が贈与直後に生まれた場合、この贈与の加算は請求されえない。出産が贈与の直前である場合は、旧785条2項ないし新782条2項により結論は異なる⁽⁴⁾。

考えられる唯一のものは、公証人クリストフ・ベールが言ったように、算入における偶然的な事情は原則的なものであり、例外ではないということである。彼は実務ではたいいていの贈与は60歳から70歳でなされており、現在のかつさらに高まる生活期待という基礎のもとではそれは決して考慮されえないであろう

という。それは相当に長い絶対的期間を通じて考慮されるのであり、全く期限のない算入に対しては疑問が提出されるであろう⁽⁵⁾。

期限のない算入が法意識の中に深く根差しているというオーストリア弁護士協会（ÖRAK）の指摘もまた直ちに支持されるものではない。さもないければ（新787条が規定するように）全部の遺留分への贈与の算入もまた命じることが許されないであろうからである。この場合もまた遺留分権利者に彼がまだ多くの贈与を取得するとしても一般的な遺留分がいずれにしても残ることが、長い法的伝統および法的感覚に適する。被相続人がいつ贈与したかを問うことなくそれが家族に忘れ去られていないかもしれないと指摘される。第三者への贈与は家族によりしばしば望ましくないものと受け取られ、それゆえに忘れられない。しかし算入の場合忘れられるか、あるいはいつ忘れられるかだけでなく、評価—および証明の問題、すなわち実用性および法的安定性もまた問題になる。それゆえにわずかな期間の違いは問題ではないという疑問も確信的なものではない。第一にかように極端な事例についてもある解決のためのシナリオが存在することになろう。第二にかような偶然性およびある不公平さもまた法的安定性の性質の中に存在する。ツァンクルによれば法的安定性は個々の事例の公平さに優先すべきである⁽⁶⁾。

これを越えて、家族間の10年以上にわたる調整が望まれる場合に、司法省草案781条3項によれば、異なった合意もまたなされうることが看過されるべきではないし、それとともに上記の出口の筋書に立ち戻られうる。当事者は、各々の生前の家族への出捐が後でなされる遺留分の探求に際して考慮されることから出発するがゆえに、合意はしばしば金銭の贈与の場合なされないか、少なくとも明示的にはなされないことは確かかもしれない。もちろん司法省草案は明示的な合意を要求しないため、かようなものは黙示でも締結されうる。両当事者が後の相続法上の考慮がなされることから出発するという上記の事例においてだけでなく、被相続人死亡の前に一人の子が9歳で、別の子が11歳で贈与を受けたという、学説上再三再四述べられた事例においてもそうである。この場合非常にしばしば黙示の合意から出発されうる⁽⁷⁾。

結局全く期限のない算入は、従来の判例に反して区別なく（金銭の贈与においてもまた動産、不動産においても）贈与の時点の贈与物の価値を標準とし、かつ消費者物価指数（VPI）に従ってのみこの価値を適合させる、新788条の

新しい評価原則のもとでも問題があるように思われる。この新规定もまた特に不動産の場合広く批判されている。その価値の展開は、それが消費者物価指数においてなされるときに、転用によってもまた他の法適合性および市場の展開に従うからである。この批判は正しい（ツァンクル）。そしてこの関係において、大規模化及びニュー・エコノミーの展開もまた顧慮されないままではないことが考慮されるべきである。市場ひいては価格及び価値もまた今日では国際化し、そしてこれは消費者物価指数のような純粋に国内的な指標により実際には把握されえない。ある者が20年前にアップルの株をまたは11年前にフェイスブックの持分を贈与された場合を考えればよい。これらの贈与は、今やその当時の価値の何千倍もの価値となっている。消費者物価指数は、このような価値の展開を全く考慮に入れない。そのことは期限のない算入の場合に特別に強く作用する。10年前の贈与が問題になり、その顧慮に際して新しい贈与と比べて甚しい価値のひずみ及び初めて再び家族内の不平等取扱の問題が生じる。期限の定めのない算入の主張者はそれを避けたいのである。従ってこの観点の下でも10年の期間を維持することまたはそれを後の法変更において導入することがぜひとも推賞に値するであろう⁽⁸⁾。

その場合遺留分権を有しない者への贈与の期限付きの算入もまた削除されうる。従って、遺留分権のない者への贈与は、それが被相続人の死亡の2年前までになされたときのみ加算及び算入されうるという従来のルールも削除されうる。統一的な10年の期間内にかような付加的期間を定める必要は存在しないであろう（絶対的期間を定めるドイツやスイスでもかような期間は規定されていない）。遺留分権者でない者のかような優遇はそれ自体として（従来の法でもまた将来の法でも）問題だからである。

遺留分権者でない者への贈与の期限付算入は以前から遺留分法の中心的な問題点となっていた。ほとんどすべての算入における不安定さと不確かさは、算入回避に関する多くの構成および判例に関わっている。権利濫用的放棄、信託構成、財団などである。すべてのそれと結びついた問題および法的不安定は期限付きの算入ないしそれを回避する試みから生じている⁽⁹⁾。

期限付きの算入と期限のない算入との違いは家族であるかどうかに依存している。個々の家族構成員が出捐により不利益を受けるのは、通例他の家族員がかような出捐により利益を受けることによる。それゆえにこの場合期限のない

算入ということになる。遺産を受けないまたは少ない遺産しか受けないという家族員に関する遺産の分配の不足の懸念は、常に存在するからである。しかしどうしてこの懸念が第三者への贈与の場合死の前の2年間同じ強さで存在し、その場合にのみ算入されるのかは明らかでない。通例人がいつ死ぬかわからないからなおさらである。さらに第三者が短い期間により利益を得る場合、それは評価矛盾である。なぜならば、出捐によりなされた経済的家族構造の破壊は、第三者への出捐による方が近い家族の間の出捐よりも強いからである。この場合他の家族員は常に間接的に、すなわち例えば相続の方法で、他の家族員への出捐から利益を得る。ちなみにこの考えは、相続放棄が放棄者の子孫にも効力を及ぼすという旧551条3文（新551条2項）の基礎ともなっている。それは放棄者がいずれの場合にも被相続人から放棄のためになにかを取得するという妥協によって、この者が間接的に法定相続または遺留分の方法で利益を受けるためである⁽¹⁰⁾。

従って、第三者の有利な地位が当初から全く適切とはいえなかったとすれば、これは今や次第に適合するものでなければならない。古典的な意味の敬すべき家族はもはや存在しない。むしろ今日では法律上認められたパッチワーク家族、生活共同体及び登録されたパートナー関係が存在している。この社会的及び法的な展開の背景の下で敬すべき家族という法史的な形象を援用することはもはや適切でないように思われる。例えば、最初の婚姻、パートナー関係または単なる男女関係から子がもたらされるパッチワーク家族を取り上げると、敬すべき家族はもはや正當に機能しない。なぜならば、今日の意味の同じ家族の内部で、例えば配偶者の子を遺留分法上自己の子よりも有利に扱ふべきだというのは理解しえないからである。しかしこれは、配偶者の子への出捐が、2年の期間に関して、無期限に算入義務を負う血のつながった子に対して有利に扱われるという事例についてである⁽¹¹⁾。

(2) 説明請求権

新786条の説明請求権は、その遺産、相続人または遺産が十分でない場合受贈者に対してその遺留分請求権を行使しようとする者はその金額も立証しなければならぬから、算入の実行に直接かかわっている。新786条はこれに関して特定の贈与の加算を請求する権利を有する者は、この贈与に関して遺産、相

続人および受贈者に対して説明請求権を有すると規定する⁽¹²⁾。

この関係においてまず第一に請求権の積極的資格と消極的資格を区別することができる。前者は特定の贈与の加算および相当な説明もまた請求する権利を有する者の範囲を定める新783条から生じる。それは遺留分権利者、相続人および場合によっては、それが遺留分の履行に寄与すべきでありまたは遺留分に関して控除に甘んじる限りにおいて受遺者である。消極的な資格を有する（相手方となりうる）のは、遺産、相続人および受贈者であり、法がこれに関していかなる順位も定めていない第三者は含まれない。しかし遺産が引渡しの時までのみ請求されることが明らかである。なぜならばそれはその後はもはや存しないし、法人としてもはや存在しないからである。逆に相続人もまた、彼が引渡しとともに初めて相続人になるがゆえに、原則として引渡し後に始めて個人的に情報提供義務を負う。遺留分がその間に時効にかかることを（責任が被相続人死亡後3年以上経過して生じる場合）、短い時効が遺留分権利者がその権利の主張のために必要な事情を知ったときに始めて開始する新1487 a 条が妨げる。そしてこの認識を彼は相当な説明後始めて取得する⁽¹³⁾。

受贈者の説明義務に関する限り、特定の順位の序列または順序は定められていない。それゆえにいかなる補充関係も存しない。したがって説明を受ける権利を有する者は、その第一次の責任にもかかわらず、最初に遺産または相続人に請求しなければならないのではなく、直接に受贈者に対して請求しうる。まさにこの質問の説明のために贈与物の価値に関する受贈者からの情報が必要であるがゆえに、遺産が不十分である場合に初めて受贈者が責任を負うこともまたこれに反しない。もちろん権利者が単純にすべての情報提供義務者に順序に従って請求しうるのではないことは認められうる。したがって彼が相続人から情報を取得した場合、彼はツァンクルによれば受贈者に対して、相続人の情報の正当さまたは完全性に対する理由ある疑いがある場合にのみ処置をとりうる⁽¹⁴⁾。

時間的には、受贈者に対する請求権（これらが被相続人死亡後始めて生じうるがゆえに、遺産および相続人に対しても）は、贈与者の死後に始めて主張されることが可能であり、その生きている間すでに主張されうるのではない。この時点とともに始めて加算が請求され、積極的資格が開始するからである。説明請求権は相続法上の請求権のための時効規定中には言及されていないが（1487 a 条）、それは説明が関わる権利の時効とともに時効にかかる。説明請

求権はその行使に役立つ権利以上のものではないからである⁽¹⁵⁾。

説明請求権が主張されるべき期間（死亡と説明が関わる権利が時効にかかる間）と説明が関わる期間とが区別されるべきである。法は後者の場合いかなる制限も規定していない。そのため説明は死亡の前と後に関わる事情に関わりうるということが認められる。これは両局面で遺留分の計算にとって重要な展開が生じうるがゆえにもまた重要である⁽¹⁶⁾。

特別のさらなる前提、特に遺産、相続人および受贈者に対する説明請求権がこれまで依拠してきた民事訴訟法施行法（EGZPO）42条の要件（しかしこれまで判例は受贈者の説明請求権を拒否してきた）を新786条はその請求権のために要求していない。特に権利者が、情報がその権利の主張のために必要であることを立証しなければならないことを要求しない。もちろん彼はこれをオーストリア法が知っている他の説明請求権の意味で（例えばE—取引法（ECG）⁽¹⁷⁾ 18条4項）少なくとも信じさせねばならない。さもなければ遺産手続に関与していない受贈者はどうして遺留分権利者への利益の提供に当たらねばならないかわからないからである⁽¹⁸⁾。

内容的にはこの請求権は遺留分の主張にとって重要なすべての事情に関わる。もちろん規定の体系に基づいて請求された情報は、贈与自体と直接の関係有ししなければならない。すなわち例えばその価値またはその時期に関わらなければならないが、その主張に関する間接的な他の前提には関わらない。かように遺留分権利者は受贈者に例えば、これが期限にかかる算入のその時の権利状態にとって重要であるとしても、その被相続人との親戚関係についての説明を求めることはできない⁽¹⁹⁾。

〈注〉

- (1) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 111 [Zankl].
- (2) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 111-112 [Zankl].
- (3) Zankl, NZ 1998, S. 35.
- (4) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 112 [Zankl].
- (5) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 112-113 [Zankl].
- (6) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 113 [Zankl].
- (7) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 113-114 [Zankl].
- (8) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 114 [Zankl].

- (9) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 114 [Zankl].
- (10) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 115 [Zankl].
- (11) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 115 [Zankl].
- (12) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 115-116 [Zankl].
- (13) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 116 [Zankl].
- (14) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 116-117 [Zankl].
- (15) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 117 [Zankl].
- (16) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 117 [Zankl].
- (17) 電子商取引および法取引の特定の側面を規律する法 (E-取引法) (ECG) (本法は「保険一および再保険活動の開始および行使に関するEU指令 (Richtlinie 2009/138/EG, ABl. Nr. L 335 v. 17. 12. 2009. 最終改定: Richtlinie 2014/51/EU, ABl. Nr. L 153 v. 22. 5. 2014)」のドイツ語訳である) 18条4項「16条に述べられたサービス提供者は、彼が情報の貯蔵に関する合意を締結したそのサービスの利用者の氏名および住所を、これらが利用者および特定の違法な事実関係の有無の確定に関する卓越した法的利益ならびにこの情報を知ることが権利追及のための重要な前提を形成することを信ぜしめる限りにおいて、第三者の請求に従って伝えなければならない。」
- (18) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 117 [Zankl].
- (19) Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), a.a.O., S. 117 [Zankl].

十二 結びに代えて—日本法への示唆

以上オーストリア相続法の各ルール及び個々の法文を2015年改正前と2015年改正後の新しい法制に分けてやや詳しく論じた。既述のようにオーストリア民法では、民法典の体系がインスティツィオーネンの体系に近いにもかかわらず、現在では講学上はドイツや日本のようなパンデクテンの体系に沿って法学教育が行われている。今回の相続法の改正でも、200年来採用されてきた相続法の体系構成は維持しつつ、個々の法文を現代化するという方法がとられた。そのこと自体は、従来慣れ親しんだ法典の体系構成を維持するもので、民法典全体を改定するのではない以上、やむをえないところであろう。相続法上の用語のうち古風になったものを現在慣用されている用語に置き換えたという点も、ヴェルザーの言うように被相続人を死者と表記する点を除いて⁽¹⁾問題はないであろう。従来のオーストリア相続法の判例、学説による展開を斟酌して、ルールまたは法文を変更、追加、削除した点については、オーストリアの民法(相続法)学者の新法または新ルールに関する賛否両論の意見をそのまま紹介した。

オーストリアの民法学者にとっては、旧法と新法の間のルール（法文）の変更こそが最大の争点であることは言うを待たない。

オーストリア相続法とは幾多の点で異なった相続法ルールを定める日本の法律学から見た、新旧オーストリア相続法と日本の相続法との比較検討の問題に移りたい。まず双方における相違点であるが、日本民法では、被相続人の遺言による相続人の指定はできないが、オーストリアではそれが可能であり、相続人の指定はごく普通に行われている。旧法では、相続人の指定を含まない遺言が遺言補足書と呼ばれていたことはすでに述べた。遺言による相続人の指定の可能性の有無が、両法における相続法ルールの全般に大きな違いをもたらしている。そのいずれが現代の相続法ルールとして適切であるかであるが、筆者は諸子均分相続の理念（日本国憲法14条1項、24条）を実質化すべきだとの観点から日本の立場を支持したい。被相続人が相続人を指名しうることになると、実態的に戦前の長男子単独相続ないし一子相続に近いものになる場合も出てくると考えられる。被相続人の資産形成に第三者や相続人の一人が寄与した場合も考えられるが、このような場合は金銭による清算や持分の増加が一般的には適切なのであって、第三者や法定相続人の一部のみを相続人とする道を開く必要性は乏しいと考えられる。第二の相違点は、日本では遺産は遺産分割の合意によって各共同相続人に遺産が分割されるが、オーストリアでは遺産は裁判所特別委員による引渡命令がなければ、相続人は遺産を取得することはできない。これは旧法、新法を通じて変わらない。この点は、歴史的に両国においてこのような遺産分割ないし遺産帰属手続きが行われてきたということなのであり、日本では当事者に不服があれば、遺産分割合意を成立させないで、調停、審判の手続きに進むことができるから、両者の違いはあまり大きいとはいえないともいえよう。

次に、今回のオーストリア相続法の全面改正の背景となったのは、制定後200年を経過し、その間には言語だけでなく、婚姻形態や親子問題、家族関係などを巡って習俗習慣上の変遷が生じたことである。例えば、一世紀前には婚姻上の夫婦はそうでない男女関係から厳格に区別され、法律上の夫婦の間に生まれた子（嫡出子）とそうでない子（非嫡出子）は、婚姻法上のみならず、相続法上も区別されていた。同性間のカップルなどももちろん認められていなかった。しかし、21世紀の今日では婚姻外のカップルも多くみられ、同性婚も

法律上許容されている国も多い。また嫡出子、非嫡出子間の相続法上の異なった取り扱いも一般的に否定されるようになってきている⁽²⁾。このような婚姻習俗上の変遷は、婚姻法、親子法のみならず、相続法上も旧法の廃止、現代の婚姻習俗に合った相続法ルール創設の機運を生み出している。2015年のオーストリア相続法の改定と現在日本の法務省で進められている相続法の改正作業とは、この側面では問題意識を共有しているといえることができる。この点に関するオーストリア相続法の新ルールを摘記してみよう。

- a 新法では、配偶者、登録共同生活パートナーだけでなく、被相続人と内縁関係にあった共同生活者も相続法上考慮される。旧法のもとでは、被相続人と内縁関係にあったというだけの者には相続権またはそれに類した権利は認められていなかった。新法では死者と内縁関係にあった者でも、いかなる法定相続人もおらず、かつ被相続人との生活共同体が少なくともその死までの3年間維持された場合は、死者と内縁関係にあった者が全部の相続権を取得する(新748条1項)。生活共同体要件は、当事者に健康上または職業上の重大な事由がある場合は緩和される(新748条2項)。旧法上配偶者のために認められた先取遺贈(旧758条)は、新法でも承継されたが、新法では死者と少なくとも最後の3年間共同生活を送った内縁関係にある者もまた、先取遺贈がなされうることになった(新745条2項)。内縁関係にあった者には、1年間のみ共同の住居にさらに居住し、家庭の財産を利用する権利も認められる。この点日本では同性カップル間の共同生活体を婚姻に準じて扱うことも認められていないし、現在法制審議会で議論されているのは、既述のように被相続人と同居していた建物の配偶者の短期および長期居住権であり、これはオーストリアではすでに立法上解決されている。
- b 被相続人の死亡前に介護をした者は、その死後介護給付の支払いを受けうる(法的には介護遺贈として構成される)。この介護遺贈は、被相続人の近親者、すなわち、被相続人の法定相続人、その配偶者、登録パートナー、内縁関係にあった者、被相続人と内縁関係にあった者およびその子が、被相続人の死亡の前の最初の3年間、少なくとも6か月間被相続人を少なからぬ程度介護した場合に、報酬の支出またはその合意がなされない限り、法定の遺贈が帰属するものである(新677条)。この介護遺贈は、死者の最終意思による指示がなくても帰属する。介護遺贈は、常に死者がそれを指示した場合に

- のみ、遺留分、遺産からの他の給付と並んで帰属しない。またその遺贈は、相続はく奪原因が存在する場合にのみ、はく奪されうる（新678条2項）。介護遺贈は法定の相続権とは無関係に帰属する、法定の先取遺贈（特別の遺留分）である。日本では法制審議会で、被相続人を介護した被相続人の二親等までの家族（通常は嫁）の金銭請求権が問題とされていた⁽³⁾。
- c 2004年の改正では、被相続人の甥、姪と共同相続した配偶者が、前者の相続分を取得することになったが、2015年の改正では更に、早く死んだ親の一方（第二順位）の相続分がその配偶者または登録パートナーに帰することになった（新744条1項）。
- d 配偶者の通常の相続分には変更はないが、被相続人と遺留分権者がいかなるときもまたは少なくとも被相続人死亡前長期にわたって家族員の間で通常あるような親しい関係にないときは、それを半分に減らしうることになった（新776条）。
- e 新法では、相続不適格事由および相続人廃除の事由が拡大された。例えば、相続廃除原因につき、旧法では相続人が補佐の義務を著しく懈怠した場合に、相続権ははく奪されたが（旧769条）、新法では、被相続人に対する家族法上の義務の著しい懈怠の場合に相続権が廃除される（新770条5号）。
- f 遺言については、すでに2004年に、不評であった口頭遺言の制度が緊急時遺言の場合に制限されることになったが、2015年の法改正では、相続人指定以外の遺言を記した遺言書を法律上遺言付属書としていたことを改め、また夫婦の共同遺言および相続契約の制度を存置したが、それらを整備した。更に遺言能力、他人の書いた遺言の法的扱い、任意処分を取り消し等についてもルールを整備した。
- g 配偶者のために任意処分がなされていた場合において婚姻が解消されたときは、旧法では特に規定が置かれていなかったが、新法では、離婚前に作成された終意処分は、被相続人が明示的に反対の趣旨を命じていない場合は、それがこれまでの配偶者に関わる限り、婚姻の解消とともに無効となる（新725条1項）。また終意処分は、疑わしい場合は被相続人または受遺者が離婚または登録パートナーの解消のための裁判手続きを開始した場合でも無効となる（新725条2項）。
- h 婚姻の解消は、法定相続権の喪失に導く（新746条1項）。旧法では、婚姻

が被相続人の死亡の時にまだ解消していなかったが、その解消が請求されており、その請求が正当で、生き残っている者が有責であることが確定している場合も、配偶者は法定相続権を失った。新法では、離婚配偶者が離婚すれば財産分与請求権、慰謝料請求権がもらえることとの権衡論から、係属する離婚手続きにおいて使用財産および蓄えの分割に関する合意がなされた場合にのみ、生き残っている配偶者に法定相続権と先取遺贈が帰属しないものとされた。この合意は、疑わしい場合にのみ死亡による婚姻の解消についても当てはまる(新746条2項)。しかし、合意がなされなかった場合は相続権が認められる。

- i 生前贈与については日本民法は「その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する」とのみ規定した(日民554条)。このような抽象的な規定であるために判例、学説は混乱し、遺言能力や遺言の承認、放棄、遺言の方式に関する規定が準用されないことについては概ね見解の一致があるが、その他の点については議論があるものが多い(死因贈与の撤回など)。オーストリアでも、日本と同様に契約説と遺贈説の対立があり、新法は契約説の立場をとることを明らかにしたが、死因贈与に関する規定は、従来通り契約法の章下ではなく、相続法の章下に置かれることになった。もっともオーストリアでは、取消権(撤回権)の放棄された死因贈与の法的性質が問題となっており、死因贈与の取消し(撤回)が認められるかどうかの問題の中心をなす日本での議論と様相を異にする。
- j 2015年改正法では、尊属の遺留分が廃止され、また遺留分が残存している場合の被相続人の自由意思による処分の範囲が拡大した。
- k 2015年改正法は、遺留分につき従来の遺留分制度を基本的に維持しながら、いくつかの改正ルールを採用した。そのうちの一つは、被相続人の財産の主要部分が企業であるような場合に、相続人と遺留分権者との間での価値的分属を定めたいうえで、相続人の支払い猶予または分割支払いを認めたことである。新法では、被相続人が任意処分で猶予または分割支払いを指示する場合(新766条)と遺留分債務者の申し立てに基づいて裁判上猶予または分割支払いが指示される場合(新767条)が定められている。この場合被相続人の死亡日から4%の利息が生じる。猶予期間および分割払い期間は、最高で被相続人の死後5年間である。

1 被相続人と遺留分権者との間に親しい関係が長期間欠落している場合に、オーストリアでは被相続人が遺留分額を半額に減額しうる規定が置かれていたが、新法はこのルールを被相続人と配偶者または登録パートナーの関係にも拡大した。

m 旧法の下では、遺留分権者が贈与を受けていた場合、遺留分の増額（贈与遺留分）から控除されていたが、ヴェルザーなどの批判を受けて、遺留分全部から控除されることになった（新781条1項）。日本では以前から贈与等は遺留分全部から控除されている。その他遺留分への算入が認められるか、またどの範囲で認められるかに関して、持参金、相続または遺留分の放棄のための示談金、私的財団への財産の拠出などについて規定が設けられた。

最後に、現在日本の法務省で進められている相続法改正のその後の進展について触れたい。2017年8月には法制審議会の部会が追加の変更案を提示した⁽⁴⁾。それによれば、①配偶者の相続分について、夫婦のいずれかが結婚して20年以上たってから配偶者に自宅を遺贈または贈与し、その後死亡した場合、持ち戻しの免除の意思表示があったものと推定する。これは妻が自宅を遺産分割により取得する場合に、預貯金や株などの遺産が子に帰属する結果、妻が生活費に困る場合が出てくるのを防ぐためである。②被相続人の預貯金を分け合う前に葬儀費用や当面の生活費として口座から金銭を引き出しやすくする仮払い制度も提案された。これは平成28年の最判で、被相続人の預貯金が遺産分割の対象とされ⁽⁵⁾、遺産分割協議の前に引き出すことが困難になったことを受けたものである。その他③遺産の一部分割を認める、④相続開始後に共同相続人の一人が遺産の全部または一部を処分した場合に計算上生じる不公平を是正する方策を設けるという新提案もなされた。

しかし②はともかく、①は、被相続人が死亡前に自宅を妻に贈与することはほとんど行われていないから、生前贈与を要件としたのでは、実効性のない規定となる可能性がある。したがって、妻に生きている間の自宅の無償利用権をオプションとして認める立場の方が合理的であろう。オプションとするのは、妻が夫死亡後も自己の預貯金や寡婦年金、遺族年金などの受給権を有し、生活に困らない場合も多いからである。新提案③のように自宅以外の遺産のみの分割（一部分割）を先行させることも考慮に値しよう。相続人の一人が先行処分した場合は、新提案④の問題となる。

2018年1月16日には、法制審議会相続部会は、相続法の改正要綱案をまとめ、それに基づいて同月22日には通常国会に民法改正案が提出された⁶⁾。それによれば、事実婚など法律婚でない場合は依然として対象外であるが、①配偶者居住権が新設され、配偶者は居住権を取得すれば、自宅に住み続けることができる。居住権は施設に入居するなどしても、譲渡や売買はできない。居住権の金額は、配偶者の平均余命などから算出され、高齢なほど安くなる。また年齢とは関係なく、期間を限定して設定することもできる。さらに結婚して20年以上の夫婦で、配偶者が自宅の生前贈与や遺贈を受けた場合、自宅は相続人が分け合う遺産の総額から除外される。この新ルールは、高齢者の再婚が増える中で長年連れ添った配偶者を優遇する趣旨で設けられたものである。配偶者の法定相続分を二分の一から三分の二に引き上げる案は、パブリックコメントで否定的な意見が相次いだため断念された。

②相続人以外の親族が介護などをした場合、相続する権利がなくても遺産の相続人に金銭を請求できる制度が新設される。この場合の親族は、6親等内の血族と、3親等内の姻族が含まれる。義父を介護してきた息子の妻などが想定されている。支払額は当事者間の協議で決めるが、合意できない場合には家庭裁判所がこれを決する。事実婚や内縁など戸籍上親族でない者は請求できない。請求権の範囲をどこまで広げるかについて審議会で議論があり、2親等内に限定する案や親族以外の第三者にも広げる案もあったが、民法上の親族を範囲とする折衷案が採用された。

③遺産分割の終わる前でも生活費や葬儀費用の支払いなどのために故人の貯金を引き出すことを容易にするための仮払い制度も創設される。

④自筆証書遺言の形式的要件は従来通りであるが、それに添付する財産目録はパソコンで印字したものなども認められることになった。しかし偽造防止のため、総てのページに自筆の署名や押印が必要であり、またそれを全国各地の法務局で保管する制度も新設される。

しかし、右提案の①(配偶者居住権)に対しては、この居住権もまた金銭的に評価されることになっているが、評価額の算定方法が不明確で、例えば残された配偶者の年齢が若ければ、配偶者居住権の評価額は所有権と変わらないほど高額になるおそれがあるし、配偶者居住権取得直後に配偶者が一人で生活できなくなり、施設に入所した場合でも権利を譲渡できないと批判されている。

配偶者の思いがけない自宅からの退去のような場合は、事情変更の原則の導入によって対処することも考えられるが、配偶者居住権の金銭的評価を要素として取り込むと、人の寿命が何年かは普通はわからないから、その配偶者の平均余命によってそれを評価することになるとしても、現実感覚とのズレを生じることになりかねないように思われる。

〈注〉

- (1) そのためオーストリア新相続法の原文では「死者」となっているが、日本語に置き換えた場合に意味が通りにくい場合は「被相続人」と訳出したところもある。
- (2) 日本では最大決平成25・9・4民集69巻6号1320頁がこの立場を明らかにし、同年12月に民法900条4号但し書きが修正された。
- (3) 2018年1月16日の相続法改正要綱案では、請求権者の範囲が拡大された（後述参照）。
- (4) 中間試案後に追加された民法（相続関係）等の改正に関する試案（追加試案）（http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_04900331.html）。
- (5) 最大決平成28・12・19民集70巻8号2121頁。
- (6) <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900346.html>。